

Michael Neumann

DIE ARBEITSRECHTLICHE STELLUNG
DER IN BETRIEBSKRANKENKASSEN BESCHÄFTIGTEN

Münster 1979

1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555418_0016

DIE ARBEITSRECHTLICHE STELLUNG
DER IN BETRIEBSKRANKENKASSEN BESCHÄFTIGTEN

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Michael Neumann
aus Neumünster

1 9 7 9



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Schnapp

Dekan: Prof. Dr. Bernert

Tag der mündlichen Prüfung: 17.12.1979

MEINEN ELTERN

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVIII

§ 1	Einleitung	1
I.	Gegenstand der Darstellung	1
1.	Bedeutung des § 362 RVO	2
2.	Rechtsgeschichtliche Entwicklung der Betriebskrankenkassen	5
II.	Begriffsklärung und Gang der Darstellung	10
1.	Begriffsklärung	10
2.	Gang der Darstellung	11

<u>Erster Abschnitt: Der Arbeitgeber der in</u> <u>Betriebskrankenkassen Beschäftigten</u>	13
---	----

§ 2	Der Unternehmer als Arbeitgeber	16
I.	Parteien des Arbeitsvertrages aufgrund § 362 I RVO	16
1.	"Bestellt" i. S. des § 362 I RVO	16
2.	"Arbeitgeber" i. S. des § 362 I RVO	20
II.	Verfassungsmäßigkeit des § 362 I RVO	21
1.	Vereinbarkeit mit Art. 33 IV GG	21
2.	Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Selbstverwaltung	25

§ 3 Die Betriebskrankenkasse als Arbeitgeber	27
I. Alleinige Arbeitgeberin	27
1. Unternehmer als Stellvertreter	27
2. Übertragung der Arbeitgeberstellung	28
II. Weitere Arbeitgeberin neben dem Unternehmer	30
1. Leiharbeitsverhältnis	30
2. Vertrag zugunsten Dritter	34
III. Arbeitgebergemeinschaft	40
1. Funktioneller Arbeitgeberbegriff	40
2. Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen	42
3. Rechtsfolgen der aufgeteilten Arbeitgeberfunktionen	47

<u>Zweiter Abschnitt: Die kollektivrechtliche Stellung der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten</u>	53
--	----

§ 4 Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung	53
I. Personalrat bei den Betriebskrankenkassen der privaten Unternehmen	54
1. Abgrenzung nach der formellen Rechtsnatur	55
2. Betriebskrankenkasse als Dienststelle	56
3. Bildung eines Gesamtbetriebspersonalrats	56
4. Wahlrecht zum Betriebsrat	58
II. Betriebsrat bei den Betriebskrankenkassen privater Unternehmen	61
1. Abgrenzung nach der formellen Rechtsnatur des Inhabers	61
2. Betriebskrankenkasse als Betrieb	64
3. Bildung eines Gesamtbetriebsrats	70
4. Gesamtbetriebsrat oder Betriebs- und Personalrat	71

	Seite
§ 5 Die tarifrechtliche Stellung	74
I. Gegenwärtige Lage	74
II. Bestrebungen für einen einheitlichen Tarifvertrag	75
III. Durchsetzbarkeit eines eigenen Tarifvertrages	76
1. Rechtliche Durchsetzbarkeit	76
2. Tatsächliche Durchsetzbarkeit	79
 <u>Dritter Abschnitt: Die individualarbeitsrechtliche Stellung der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten</u>	 82
§ 6 Die Ausbildung zum Sozialversicherungsfachangestellten, Fachrichtung Krankenversicherung	82
I. Juristische Personen als Ausbildende	82
1. Persönliche Eignung	82
2. Bestellung eines Ausbilders	83
II. Ausbildungsvertrag	84
1. Vertragsparteien	84
2. Ausbildungsberechtigung	87
 § 7 Die Haftung	 88
I. Haftung gegenüber Dritten bei hoheitlichem Handeln	88
1. Haftung der Betriebskrankenkasse	89
2. Haftung der Beschäftigten	90
3. Haftung des Unternehmers	90
II. Haftung gegenüber Dritten bei Handeln im fiskalischen Bereich	92
1. Haftung der Betriebskrankenkasse	92

	Seite
2. Haftung der Beschäftigten	93
3. Haftung des Unternehmers	94
III. Haftung gegenüber Betriebsangehörigen	94
1. Haftung der Betriebskrankenkasse	94
2. Haftung des Schädigers	95
3. Haftung des Unternehmers	96
IV. Regreß	97
1. Regreß der Betriebskrankenkasse	98
2. Freistellung des Schädigers	107
§ 8 Die Kündigung	112
I. Kündigungsberechtigter	112
1. Kündigungsrecht des Unternehmers	112
2. Kündigungsrecht des Betriebskranken- kassenvorstandsvorsitzenden	116
II. Kündigung des Geschäftsführers	121
1. Kündigung ohne Abberufung	121
2. Abberufung ohne Kündigung	122
§ 9 Zusammenfassung und Ausblick	127
I. Zusammenfassung	127
II. Ausblick	129
1. Novellierungsvorschläge	129
2. Entwicklungstendenzen	131

Literaturverzeichnis

- Achterberg Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit, AcP 164, 14
Die Haftung bei schadengeneigter Arbeit im öffentlichen Dienstrecht, DVBl 1964, 605, 655
- Adomeit Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969
- Aye Die Selbstverwaltung in der deutschen Sozialversicherung, 1950
- Aye/Bley/Göbelsmann/Gurgel/Müller/Schroeter Sozialgesetzbuch, Sozialversicherung, Gesamtkommentar
(zit.: Bearbeiter in SGB-SozVers-GesKomm)
- Bähringer/
Spiegelhalter Kurzarbeit, 1978
- Bender Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., 1974
- Bettermann Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, 1321
- Birk Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, 1973
Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der Arbeitnehmer von Betriebsteilen, AuR 1978, 226
- Bobrowski/Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb, 6. Aufl., 1970
- Böker Das Weisungsrecht des Arbeitgebers, 1971
- Bötticher, Eduard Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964
- Böttner Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, 1971
- Bogs, Harald Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, 1973

- Brackmann Handbuch der Sozialversicherung,
Band I/1, 1.-8. Aufl., 1976
- Brox Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuchs, 2. Aufl., 1978
(zit.: Brox, AT)
Allgemeines Schuldrecht, 7. Aufl.,
1978
(zit.: Brox, AS)
Besonderes Schuldrecht, 6. Aufl.,
1978
(zit.: Brox, BS)
Grundbegriffe des Arbeitsrecht,
5. Aufl., 1977
Handelsrecht und Wertpapierrecht, 1978
(zit.: Brox, HR)
- Canaris Risikohaftung bei schadensgeneigter
Tätigkeit in fremdem Interesse,
RdA 1966, 41
- Däubler/Hege Tarifvertragsrecht, 1978
- Dellinger Die Haftung der Betriebskrankenkassen,
BKK 1974, 164
- Dersch/Knoll/
Brockhoff/Schieckel/
Schroeter/Völcker RVO Gesamtkommentar, 1961
(zit.: Bearbeiter in Gesamtkommentar)
- Dietz Personalvertretungsgesetz, 1956
- Dietz/Richardi Bundespersonalvertretungsgesetz,
1. und 2. Band, 2. Aufl., 1978
Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl.,
1973
- v. Doemming/
Füßlein/Matz Entstehungsgeschichte der Artikel des
Grundgesetzes, JÖR n. F. Bd. 1, 1951
- Dütz Soziale Mächtigkeit als Voraus-
setzung eines einheitlichen Koalitions-
begriffs?, Aur 1976, 65
- Engelhard/
Ballerstedt Personalvertretungsgesetz für das
Land Niedersachsen, 3. Aufl., 1972
- Enneccerus/
Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, Erster Halbband, 15. Aufl.,
1959
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch, 1. Band, 6. Aufl., 1975
(zit.: Erman/Bearbeiter)

Erdmann/Jürging/ Kammann	Betriebsverfassungsgesetz, 1972
Esser/Schmidt	Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., 1977
Etzel	Aus der Rechtsprechung des Bundes- arbeitsgerichts, B1StSozArbR 1978, 242, 292
Fabricius/Kraft/ Thiele/Wiese	Gemeinschaftskommentar BetrVG, 1973 (zit.: Bearbeiter in Gemeinschafts- kommentar)
Fabricius	Gesellschaftsrechtliche Unternehmens- verbindungen und Arbeitgeberbegriff in der betrieblichen Krankenver- sicherung 1971
Fertsch/Rubner/ Scholz	Die arbeitsrechtliche Situation der in Betriebskrankenkassen Beschäftigten, WzS 1974, 369; 1975, 5
Fikentscher	Schuldrecht, 6. Aufl., 1976
Fitting/Auffarth/ Kaiser	Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl., 1977
Friede	Die gesetzliche Krankenversicherung, insbesondere die betriebliche Kranken- versicherung, im Frühjahr 1978, BKK 1978, 186 Geschichte, Recht, Entwicklung, Wesen und Gestalt der Betriebskrankenkassen, in Maunz/Schraft, 8. Band, E. 1. b. Bl. 120 ff
Galperin/Löwisch	Kommentar zum Betriebsverfassungs- gesetz, 5. Aufl., 1975
Gamillscheg/ Hanau	Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., 1974
Gattner	Zur Frage der Haftung des Arbeit- gebers für Handlungen von Angestellten einer Betriebskrankenkasse, WzS 1973, 34
van Gelder	Arbeitsrecht: Bemerkungen zu einigen Grundprinzipien, AuR 1978, 108
Golisch	Berufsbildungsgesetz und Betriebs- krankenkassen, BKK 1972, 25

- Grabendorff/
Windscheid Bundespersonalvertretungsgesetz,
Kommentar, 3. Aufl., 1975
- Gramm AR-Blattei Tarifvertrag XII Tarif-
konkurrenz
- Großmann/Schneider Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1976
- Grunsky Beteiligung mehrerer am Schuldverhält-
nis, in Grundgeschichte des Vertrags- und
Schuldrechts, 1972, 615
- Hanau Die Bedeutung des Art. VIII 2. BesVNG
für Tarifverträge zur Regelung der
Arbeitsverhältnisse von Dienstordnungs-
Angestellten der Sozialversicherungs-
träger, Rechtsgutachten für die Ge-
werkschaft ÖTV, 1978
- Hanau/Adomeit Arbeitsrecht, 5. Aufl., 1978
- Hauck/Haines Sozialgesetzbuch, IV 1, Gemeinsame
Vorschriften für die Sozialversiche-
rung, Kommentar, 1977
- Havers Personalvertretungsgesetz für NRW,
3. Aufl., 1977
- Hefermehl Erklärungen und Handlungen im Arbeits-
verhältnis, BARBB1 1967, 310
- Heinze Rechtsprobleme des sog. echten
Leiharbeitsverhältnisses, ZfA 1976, 183
- Hellwig Die Verträge auf Leistung an Dritte,
1899
- Helm Der arbeitsrechtliche Freistellungs-
anspruch bei schadensgeneigter Arbeit
und seine Auswirkungen auf die be-
schränkte Unternehmerhaftung, insbe-
sondere im Verkehrsrecht, AcP 160, 134
- Herkert Berufsbildungsgesetz, 1970
- Herschel Die arbeitnehmerähnliche Person, DB 1977,
1185
Freier Beruf und Arbeitsverhältnis,
1964
Zur Entstehung des Tarifvertrags-
gesetzes, ZfA 1973, 183
- Hoffknecht Die leitenden Angestellten im Koaliti-
ons- und Arbeitskampfrecht, 1975

- Hueck/Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7. Aufl., 1963
 (zit.: Hueck/Nipperdey, I)
 Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, Erster Halbband, 7. Aufl., 1966
 (zit.: Hueck/Nipperdey, II/1)
- Ilbertz Personalvertretungsrecht, 1978
- Kayser Anstellungs- oder Funktionstheorie bei Amtshaftung, NJW 1951, 95
- Knopp/Kraegeloh Berufsbildungsgesetz, 1978
- Köbler Betriebsgefahr und Freistellungsanspruch, RdA 1970, 97
- Konzen Die Tarifeinheit im Betrieb, RdA 1978, 146
 Tarifbindung, Friedenspflicht und Kampfparität beim Verbandswechsel des Arbeitgebers, ZfA 1975, 401
- Kraft Abschied von der "Tarifzuständigkeit" als Wirksamkeitsvoraussetzung eines Tarifvertrages, Festschrift f. Ludwig Schnorr von Carolsfeld, 1972, 255
- Krause/v. Maydell/
Merten/Meydam Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, 1978
 (zit.: Bearbeiter in GK)
- Krauskopf Soziale Krankenversicherung, Kommentar, 2. Aufl., 1976
- Küchenhoff, Günther Schadenshaftung im Arbeitsverhältnis, AuR 1969, 1
- Kuhn/Sabottig/
Schneider/Thiel/
Wehner Bundespersonalvertretungsgesetz, 1975
- Lange, Heinrich Die Auswirkungen von Leistungsstörungen beim echten Verträge zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, NJW 1965, 657
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 11. Aufl., 1977
- Lauterbach Gesetzliche Unfallversicherung, 3. Aufl.

Lay	Die rechtliche Stellung der in Betriebskrankenkassen Tätigen, BKK 1978, 2
Leopold	Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, 2. Aufl., 1974
Lieb	Arbeitsrecht, 1975
Lorenzen/ Eckstein	Bundespersonalvertretungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., 1975
Marburger	Zur Haftung des Geschäftsführers einer gesetzlichen Krankenkasse, SGB 1973, 488
Maunz/Dürig/ Herzog/Scholz	Grundgesetz, Band II
Maunz/Schraft	Die Sozialversicherung und ihre Selbstverwaltung, 8. Bd., 1951 ff
Mayer-Maly	Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972, 1
Memminger	Die Konkurrenz von Tarifverträgen, Diss. München 1969
Mertens	in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 3. Lieferung, §§ 76 - 94, 1970
Molitor, Erich	Bundespersonalvertretungsgesetz, 2. Aufl., 1958 Grund und Grenzen des Weisungsrechts, RdA 1959, 2 Zum Begriff des Arbeitgebers, DB 1956, 21
Monjau	Das Leiharbeitsverhältnis, AuR 1968, 257 Haftung leitender Angestellter, insbesondere bei Fehlentscheidungen, DB 1969, 84
Mühl	Anmerkung zu BAG AP Nr. 78 § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers
Müllner	Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, 1978
Natzel	Das Berufsausbildungsverhältnis, 1971
Neumann-Duesberg	AR-Blattei Betrieb I Begriff

- Nikisch Arbeitsrecht, I. Band, 3. Aufl., 1961
 (zit.: Nikisch, Arbeitsrecht, I)
 Arbeitsrecht, II. Band, 2. Aufl., 1959
 (zit.: Nikisch, Arbeitsrecht, II)
 Vom Arbeitsverhältnis, Festschrift
 f. Heinrich Lehmann, 1937, 285
- Ossenbühl Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., 1978
- Ostheim Die Weisung des Arbeitgebers als
 arbeitsrechtliches Problem, Gutachten
 zum Vierten Österreichischen Juristen-
 tag, 1970
- Pakebusch Die arbeitgeberähnlichen Personen und
 ihre arbeitsrechtliche Sonderstellung,
 Diss. Köln 1961
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl.,
 1979
 (zit.: Palandt/Bearbeiter)
- Paulick Handbuch der stillen Gesellschaft,
 2. Aufl., 1971
- Peters, Horst Die Geschichte der sozialen Ver-
 sicherung, 2. Aufl., 1973
 Handbuch der Krankenversicherung,
 Teil I, II
- Raiser, Thomas Das Unternehmen als Organisation, 1969
- Rehbinder Die Rechtsnatur der Arbeitsverhältnisse
 deutscher Arbeitnehmer bei den aus-
 ländischen Streitkräften, 1969
- Rengier Die Personalvertretungen der Beamten,
 Angestellten, Arbeiter und Soldaten,
 1960
- Rode Gedanken zur Selbstverwaltung in der
 Sozialversicherung, BKK 1967, Sp. 418
- Salzwedel Selbstverwaltung in der gesetzlichen
 Rentenversicherung, 1962
- Schallen Die Stellung der Geschäftsführer von
 Sozialversicherungsträgern, 2. Aufl.,
 1977
- Schaub Arbeitsrechtshandbuch, 3. Aufl., 1977
- Scheerbarth/
Höffken Beamtenrecht, 2. Aufl., 1976

- Schieckel Entwicklung, Aufgaben und Aufbau
der deutschen Sozialversicherung, 1946
- Schnapp Das Institut der Selbstverwaltung
in der Gesetzlichen Unfallversicherung
- eine kritische Bestandsaufnahme,
BG 1978, 525
Die Stellung der Sozialversicherungsträger in der Verfassungsordnung,
SozSich 1970, 199
- Scholz Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit,
1972
- Schulz-Lüke Handbuch der Selbstverwaltung in der
Sozialversicherung, 1968
- Schwenger Die deutsche Betriebskrankenkasse, 1934
- Schwerdtner Fürsorgetheorie und Entgelttheorie
im Recht der Arbeitsbedingungen, 1970
- Siebeck Das Dienstordnungsrecht, Kommentar
zum Muster einer Dienstordnung für
Krankenkassenangestellte in Nordrhein-
Westfalen, 1965
Das Dienstrecht der Versicherungs-
träger, 1961
- Siebert Arbeitsvertrag, Handwörterbuch der
Sozialwissenschaften, Band 1, S. 376
Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung
der nationalen Arbeit, 1935
- Söllner Arbeitsrecht, 6. Aufl., 1978
Einseitige Leistungsbestimmung im
Arbeitsverhältnis, 1966
- Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 3, 10. Aufl., 1969
(zit.: Soergel/Bearbeiter)
- Staudinger Bürgerliches Gesetzbuch, II. Band,
Teil 1 d, 10./11. Aufl., 1978; 3. Teil,
11. Aufl., 1958; 5. Teil, 10./11. Aufl.,
1975
- Stege/Weinspach Betriebsverfassungsgesetz 1972, 1972
- Steindorff Wertersatz für Schäden als Aufwendungs-
ersatz im Arbeits- und Handelsrecht,
Festschrift f. Dölle, Band I, 1963, 273

Stich	Beschränkung der Schadenshaftung des Beamten bei gefahrgeneigter Tätigkeit, ZBR 1959, 215
Stier-Somlo	Reichsversicherungsordnung, 2. Aufl., 1922
Titze	Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band II, S. 545, 1918
Tomandl	Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages, 1971
Volmer	Die durch § 362 RVO geprägte arbeitsrechtliche Sonderstellung der Bediensteten der Betriebskrankenkassen, Festschrift f. Horst Schieckel, 1978, 315
Wacke	Entstehungsgeschichte und Inhalt des Art. 33 Absatz 5 des Grundgesetzes, in Neues Beamtentum, 1951, S. 152
Wannagat	Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, 1. Band, 1965
Weber	Welche Verwaltungskosten einer Betriebskrankenkasse hat der Unternehmer zu tragen?, BKK 1954, Sp. 326
Weitnauer	Anmerkung zu BAG AP Nr. 7 zu § 637 RVO
Wiedemann	Zur Tarifzuständigkeit, RdA 1975, 78
Wiedemann/Stumpf	Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., 1977
Woedtké	Krankenversicherungsgesetz, 11. Aufl., 1905
Wolff/Bachof	Verwaltungsrecht, Band II, 4. Aufl., 1976 (zit.: Wolff/Bachof, II)
Zöllner	Arbeitsrecht, 1977

Abkürzungsverzeichnis

a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AN	amtliche Nachrichten
JÖR n. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge
KVRS	Die Krankenversicherung in Recht- sprechung und Schrifttum

Soweit Abkürzungen verwendet wurden, die nicht im Abkürzungsverzeichnis enthalten sind, ergeben sich diese aus Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., 1968, und Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache und der Fremdwörter, 17. Aufl., 1973.

§ 1 Einleitung

I. Gegenstand der Darstellung

Auf den ersten Blick erscheint es nicht verständlich, warum es gerade bei den rund 900 ¹⁾ Betriebskrankenkassen mit über 4 Millionen Versicherten (einschließlich Rentnern) ²⁾ arbeitsrechtliche Probleme wegen der in ihnen Beschäftigten gibt. Der Grund liegt in dem besonderen Verhältnis zwischen der Betriebskrankenkasse und dem Betrieb, für den sie errichtet wurde. Rechtliche Grundlage für dieses Verhältnis ist § 362 I RVO. Danach bestellt der Arbeitgeber auf seine Kosten und Verantwortung die für die Geschäfte der Betriebskrankenkasse erforderlichen Personen.

Die Besonderheit der durch § 362 I RVO getroffenen Regelung liegt darin, daß die Betriebskrankenkassen im Gegensatz zu den anderen Krankenkassen ihr Personal nicht selbst bestellen. Grundsätzlich wären sie dazu in der Lage, da alle Betriebskrankenkassen seit dem KVG vom 15. Juni 1883 ³⁾ rechtsfähig sind ⁴⁾; an der Rechtsfähigkeit haben weder die Vorschriften der RVO ⁵⁾ noch die Sozialgesetzbücher I und IV etwas geändert ⁶⁾. Dennoch haben die Betriebskrankenkassen keine Dienstordnungsangestellten wie .

-
- 1) Ende 1977 waren von den 1390 gesetzlichen Krankenkassen in der Bundesrepublik 889 (= 64 %) Betriebskrankenkassen, vgl. Friede, BKK 1978, 189.
 - 2) Vgl. Friede, BKK 1978, 190.
 - 3) Vor der Novelle vom 10. April 1892 (RGBl. S. 379, 417) hieß das KVG noch "Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter" (RGBl. 1883 S. 73); die im folgenden zitierten KVG-Vorschriften beziehen sich auf die Fassung vom 10. April 1892.
 - 4) Vgl. §§ 64, 72 III i. V. m. § 25 I KVG.
 - 5) Vgl. §§ 3 I, 225 I i. V. m. § 4 RVO.
 - 6) Vgl. § 29 I SGB IV.

die übrigen gesetzlichen Krankenkassen ¹⁾, sondern sind für die Bestellung ihres Personals auf den Unternehmer angewiesen.

1. Bedeutung des § 362 RVO

Die Regelung in § 362 I RVO hat grundlegende Bedeutung für die arbeitsrechtliche Stellung der Betriebskrankenkassenbeschäftigten.

a) § 362 I RVO ist Ausgangspunkt für die Frage, wer Arbeitgeber des Betriebskrankenkassenpersonals ist. Von der Beantwortung dieser Frage hängen die arbeitsrechtlichen Beziehungen der Beschäftigten zu der Betriebskrankenkasse einerseits und zu dem Unternehmer andererseits ab. Auswirkungen ergeben sich sowohl auf der individual- als auch auf der kollektiv-arbeitsrechtlichen Ebene. So ist umstritten, ob die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten einen eigenen Personalrat wählen dürfen ²⁾ und ob für sie ein eigener Tarifvertrag abgeschlossen werden kann ³⁾. Individual-arbeitsrechtlich kommt es darauf an, wen die Arbeitgeberpflichten aus dem Arbeitsvertrag treffen und inwieweit die Betriebskrankenkasse und/oder der Unternehmer Rechte gegenüber den Beschäftigten geltend machen können.

b) Für die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten hat § 362 RVO noch eine besondere Bedeutung im Vergleich zu den Beschäftigten anderer gesetzlicher Krankenkassen. Diese sind in der Regel Dienstordnungsangestellte ⁴⁾. Zwar kommen deren Anstellungsverträge aufgrund

1) Vgl. §§ 349 ff RVO.

2) Vgl. unten § 4 I.

3) Vgl. unten § 5.

4) Vgl. Krauskopf, § 351 RVO Anm. 1; da man um die Jahrhundertwende sowohl Vorbehalte poli-

privaten Rechts zustande, da die Krankenkassen keine Dienstherrenfähigkeit i. S. der Beamten-gesetze besitzen ¹⁾, jedoch ist der Status der Dienstordnungsangestellten dem der Beamten weitgehend angenähert ²⁾. Wegen der wenig voneinander abweichenden Dienstordnungen ist ein Wechsel zu einer anderen Krankenkasse ohne weiteres möglich. Wird eine Krankenkasse mit einer anderen nach §§ 264 ff RVO vereinigt, so besteht für die aufnehmende Kasse die Pflicht, die Angestellten der aufgenommenen Kasse zu denselben oder gleichwertigen Bedingungen zu übernehmen, § 290 I RVO. Dieser Bestandsschutz gilt nicht für die in Betriebs-krankenkassen Beschäftigten ³⁾. Wenn eine Betriebskrankenkasse aufgelöst ⁴⁾ oder geschlossen ⁵⁾ wird, besteht für die Beschäftigten die Gefahr, ihren Arbeitsplatz zu verlieren, sofern der Unternehmer keine andere Verwendung für sie findet. Ein Wechsel zu einer Krankenkasse, in der eine Dienstordnung gilt, würde in der Regel als Neueinstellung behandelt, so daß keine Besitzstandswahrung wie nach § 290 I RVO einträte. Das Betriebs-krankenkassenpersonal hängt also im stärkeren

tischer Art als auch Vorbehalte gegen den Arbeitsstil des Beamten im damaligen Obrigkeitsstaat hatte, wollte man mit dem Dienstordnungsangestellten einen Typ des "Selbstverwaltungsbeamten der Wirtschaft" schaffen, Harald Bogs, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, S. 25.

- 1) BVerwG DVBl 1956, 267. 268; vgl. BAGE 2, 81 83; Hanau, Die Bedeutung des Art. VIII 2. BesVNG für Tarifverträge zur Regelung der Arbeitsverhältnisse von Dienstordnungs-Angestellten der Sozialversicherungsträger, S. 5; Krauskopf, Vorbem. 1.2. vor § 349 RVO.
- 2) Vgl. die Musterdienstordnung Nordrhein-Westfalen, abgedruckt bei Siebeck, Das Dienstordnungsrecht, S. 11 ff.
- 3) Krauskopf, § 290 RVO Anm. 1.1.; Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1975, 10.
- 4) Eine Betriebskrankenkasse kann nach §§ 272, 345 III 1 RVO auf Antrag des Arbeitgebers aufgelöst werden, wenn die Mehrheit der Versichertenvertreter zustimmt.

Maße von der Betriebskrankenkasse ab. Diese wiederum teilt das Schicksal des sie tragenden Unternehmens. Führt der Unternehmer keine Beiträge mehr an die Betriebskrankenkasse ab, §§ 393 I 1, 380 RVO, so versiegt deren Finanzquelle. Bei Massenentlassungen übernimmt zwar die Bundesanstalt für Arbeit die Krankenkassenbeiträge für die Bezieher von Arbeitslosengeld, § 157 I AFG, jedoch muß die Betriebskrankenkasse bei einem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Unternehmens geschlossen werden, § 273 I Nr. 1 RVO.

Mögen sich die geschilderten Konsequenzen für die in Betriebskrankenkassen der öffentlichen Verwaltung Beschäftigten ¹⁾ wegen des geringeren Arbeitsplatzrisikos weniger stark auswirken, so bleibt eine benachteiligende Sonderstellung im Prinzip bestehen. Diese Ungleichheiten auszuräumen, ist eines der Ziele bei der angestrebten Reform des öffentlichen Dienstrechts. So wirft der Bericht der Bundesregierung zur Neuordnung des Selbstverwaltungsrechts vom 03. November 1975 die Frage auf, "ob die arbeitsvertraglichen Beziehungen der Beschäftigten zum Unternehmen nach § 362 Abs. 1 RVO beibehalten oder ob die Betriebskrankenkassen mit eigenem Personal ausgestattet werden sollten" ²⁾. Der Bericht schlägt vor, mit einer Neuordnung des Dienstrechts im Bereich der Sozialversicherung bis zur Reform des gesamten öffentlichen Dienstrechts zu warten ³⁾. Ob und wann diese politisch durchsetzbar ist, vermag auch der Bericht nicht zu sagen.

5) Die Schließungsgründe sind in §§ 273 ff RVO geregelt.

1) Vgl. § 246 RVO, der klarstellt, daß Betriebskrankenkassen auch für Dienstbetriebe öffentlicher Verwaltungen errichtet werden können.

2) BT-Drucks. 7/4244, S. 21.

3) BT-Drucks. 7/4244, S. 22.

2. Rechtsgeschichtliche Entwicklung der Betriebskrankenkassen

Die Regelung des § 362 RVO wird erst im historischen Zusammenhang verständlich. Der RVO-Gesetzgeber hätte auch die Möglichkeit gehabt, es für die Betriebskrankenkassenbeschäftigten bei der allgemeinen Regelung des § 349 RVO zu belassen. Dann hätte der Betriebskrankenkassenvorstand die aus Kassenmitteln zu bezahlenden Stellen besetzt, und die Betriebskrankenkassen wären ohne weitere Besonderheiten Arbeitgeber ihres Personals gewesen. Dies ist aufgrund der speziellen Entwicklung der Betriebskrankenkassen nicht geschehen.

a) Die ersten Betriebskrankenkassen zu Beginn des 18. Jahrhunderts ¹⁾ gingen auf die Initiative der Betriebsinhaber zurück. Ähnlich wie die alten Knappschaften gewährten die Unternehmer ihren Arbeitnehmern im Krankheitsfall ein Krankengeld sowie ärztliche Versorgung.

b) Das KVG nahm sich die bestehenden Fabrikkrankenkassen, wie die Betriebskrankenkassen damals hießen ²⁾, und die Ortskrankenkassen zum Vorbild, während es der Gemeindekrankenversicherung als kommunale Einrichtung nur eine subsidiäre Funktion zuwies; diese hatte diejenigen aufzunehmen, die keiner anderen Kasse zuzuweisen waren ³⁾. Die bereits existierenden Betriebskrankenkassen, die durch das KVG in Betriebs-(Fabrik-)Krankenkassen umbenannt wurden ⁴⁾, blieben mit der Auflage bestehen,

1) Vgl. Schwenger, Die deutschen Betriebskrankenkassen, S. 10.

2) Vgl. Schwenger, Die deutschen Betriebskrankenkassen, S. 34.

3) Woedtke, Einleitung S. 27 vor § 1 KVG.

4) Grund für die Umbenennung war, daß § 1 KVG nicht nur Fabrikbetriebe erfaßte.

ihre Statuten dem KVG anzupassen, §§ 85 I, 86 KVG. Dies bezog sich vor allem auf den durch die §§ 1 - 3 b KVG begründeten Versicherungszwang. Mit ihm sollte eine Krankenversicherung für alle erreicht werden ¹⁾.

Der Unternehmer behielt das Recht zur Errichtung einer Betriebs-(Fabrik-)Krankenkasse, § 60 I KVG; er konnte aber auch durch Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde (in Preußen: des Regierungspräsidenten) dazu verpflichtet werden, § 60 II KVG. Die Rechnungs- und Kassenführung war unter Verantwortlichkeit und auf Kosten des Unternehmers durch einen von ihm zu bestellenden Rechnungs- und Kassenführer (Rendant) wahrzunehmen, § 64 Nr. 3 KVG. Der Unternehmer war vorschuß- bzw. zuschußpflichtig, wenn die Kassenbestände nicht ausreichten, §§ 64 Nr. 4, 65 II KVG. Zu dieser Garantiefunktion kam die Pflicht, die Beiträge der Kassenmitglieder in die Kasse einzuzahlen und selbst ein Drittel der Beiträge zu leisten, § 65 I KVG. Dafür konnte das Kassenstatut ihm den Vorsitz im Kassenvorstand und in der Generalversammlung einräumen, § 64 Nr. 2 KVG. Dies war regelmäßig der Fall ²⁾, so daß für den Unternehmer eine weitgehende Kontrolle und die Möglichkeit zur Durchsetzung seiner Interessen bestanden.

Das KVG war von zwei Grundzügen der bisher bestehenden betrieblichen Krankenversicherung geprägt: Der Unternehmer trug einerseits das wirtschaftliche Risiko und die rechtliche Verantwortung; andererseits stand ihm der beherrschende Einfluß auf die Betriebskrankenkasse zu.

-
- 1) Vgl. Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, S. 56 f.
 - 2) Vgl. Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1974, 370; vgl. auch § 28 I a des als Beilage zum KVG veröffentlichten Musterstatuts einer Betriebskrankenkasse.

c) Die RVO vom 19. Juli 1911 änderte nichts an der Grundkonzeption der Betriebskrankenkassen. Allerdings bevorzugte der Gesetzgeber wegen der zahlreichen unrentablen kleineren Krankenkassen, insbesondere bei der Gemeindekrankenversicherung ¹⁾, und wegen der gewünschten stärkeren Zentralisierung die Orts- und Landkrankenkassen. Neue Betriebskrankenkassen durften nach § 248 Nr. 1 RVO nur errichtet werden, wenn sie den Bestand oder die Leistungsfähigkeit vorhandener Orts- und Landkrankenkassen nicht gefährdeten. Außerdem wurde die Mindestmitgliederzahl nach § 245 RVO a. F. von 50 auf 150 erhöht und für bestehende Betriebskrankenkassen in der Regel auf 100 festgesetzt, § 255 I Nr. 1 RVO a. F. . Das führte zur Schließung von mehr als einem Drittel der Betriebskrankenkassen; jedoch wurden nur gut 5 % der insgesamt in Betriebskrankenkassen versicherten Arbeitnehmer anderen Kassen zugewiesen ²⁾.

Abweichend von § 349 RVO, der bei den anderen Krankenkassen dem Vorstand das Recht zur Stellenbesetzung gibt, bestimmte der Gesetzgeber in § 362 I RVO, daß der Arbeitgeber auf seine Kosten und Verantwortung die für die Kassengeschäfte erforderlichen Personen bestellt. Die Betriebskrankenkasse erhielt also keine Personalhoheit.

Die Bedeutung der Selbstverwaltung nahm aber zu, da die Versichertenzahl aufgrund des Versicherungszwanges angestiegen war. Die Selbstverwaltungsvorschriften in den RVO

-
- 1) Laut Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, S. 75, gab es rund 22 000 Zwangskrankenkassen, davon etwa 8 200 Gemeindekrankenkassen mit teilweise nur 10 Mitgliedern.
 - 2) Schwenger, Die deutschen Betriebskrankenkassen, S. 40.

sahen vor, daß die Geschäfte der Krankenkasse von dem Vorstand und dem Ausschuß (der heutigen Vertreterversammlung, § 33 SGB IV) zu besorgen waren, § 327, 1 i. V. m. § 338 I RVO. Bei der Betriebskrankenkasse führte aber der Unternehmer oder sein Vertreter in diesen Gremien ohne vorherige Wahl den Vorsitz, § 338 III 1 RVO; er hatte die Hälfte der Stimmen, die den Versicherten nach der Satzung zustanden, § 338 III 2 RVO. Bei Stimmengleichheit gab seine Stimme als Vorsitzender den Ausschlag, § 9 RVO. Damit war weiterhin das Übergewicht des Unternehmers gesichert.

d) In der nationalsozialistischen Zeit schaltete der "Betriebsführer" als Leiter der Betriebskrankenkasse die Selbstverwaltung praktisch aus ¹⁾. Es bestand nur noch ein Beirat, der den Leiter beraten und unterstützen sollte ²⁾. Die Neuerrichtung von Krankenversicherungsträgern wurde gestoppt ³⁾.

e) Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde den Sozialversicherungsträgern die Selbstverwaltung zurückgegeben und die Neuerrichtung von Krankenversicherungsträgern gestattet ⁴⁾. Die durch das Dritte Reich unterbrochene Tendenz zur stärkeren Selbstverwaltung setzte sich fort. Es wurde die Institution des Geschäftsführers mit eigenverantwortlicher Führung der laufenden Verwaltungsgeschäfte geschaffen,

-
- 1) Vgl. Friede in Maunz/Schraft, 8. Bd., E. 1.b. Bl. 127; Peters, Die Geschichte der Sozialversicherung, S. 82; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Bd. I, S. 154 f.
 - 2) Peters, Die Geschichte der Sozialversicherung, S. 82.
 - 3) Durch die Siebente Verordnung zur Neuordnung der Krankenversicherung vom 10. Oktober 1934.
 - 4) Durch das Gesetz über Selbstverwaltung und über Änderungen von Vorschriften auf dem Gebiet der Sozialversicherung vom 22. Februar 1951 (BGBl. I S. 124) in der Fassung vom 13. August 1952 (BGBl. I S. 427) - Selbstverwaltungsgesetz -.

§ 15 IV SVerwG. Der Vorsitz des Arbeitgebers in den Selbstverwaltungsorganen der Betriebskrankenkassen entfiel ¹⁾. Der Unternehmer verlor aber seinen faktisch beherrschenden Einfluß erst mit der Begrenzung seines Stimmrechts auf die Stimmenzahl der anwesenden Versichertenvertreter ²⁾. Mit dieser Parität wurde ein absolutes Gleichgewicht in den Organen herbeigeführt.

Die seit dem 1. Juli 1977 geltenden SGB-Vorschriften ³⁾ brachten keine Änderung, abgesehen von einer - allerdings in der Praxis wichtigen - Ausnahme. So können die Geschäftsführer und sein Stellvertreter nicht gegen den Willen der Mehrheit der Versichertenvertreter bestellt werden, § 36 II 2 SGB IV. Der Grund dafür ist die Notwendigkeit einer besonders sicheren und breiten Vertrauensbasis für den Geschäftsführer und seinen Stellvertreter ⁴⁾. Im übrigen blieb es bei der in § 362 RVO getroffenen Regelung, § 36 II 2, 1. Halbs. SGB IV.

-
- 1) § 338 III RVO wurde durch das Ergänzungsgesetz vom 18. Juni 1953 (BGBl. I S. 405) gestrichen.
 - 2) Mit dem Siebenten Gesetz zur Änderung des Selbstverwaltungsgesetzes vom 03. August 1967 (BGBl. I S. 845) wurde § 2 II 2 SVerwG ein entsprechender Halbsatz angefügt, der in § 44 II 2 SGB IV übernommen wurde.
 - 3) SGB - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung vom 23. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3845).
 - 4) So die Begründung des Bundesrats zur Änderung des Art. I § 37 II 4 SGB IV - Entwurf, BT-Drucks. 7/4122, S. 44 f.

II. Begriffsklärung und Gang der Darstellung

1. Begriffsklärung

Um einer Begriffsverwirrung und daraus folgenden Mißverständnissen vorzubeugen, soll kurz auf die Begriffe "Betrieb", "Unternehmen" und "Beschäftigte" eingegangen werden ¹⁾.

a) Es gibt keinen einheitlichen Betriebsbegriff. Da im Rahmen dieser Arbeit das Betriebsverfassungsrecht eine große Rolle spielt, soll der betriebsverfassungsrechtliche Begriff zugrunde gelegt werden. Danach ist ein Betrieb eine organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen ²⁾. Der Betrieb ist kein Rechtssubjekt und somit nicht rechtsfähig ³⁾.

b) Der Begriff des Unternehmens ist ebenfalls nicht einheitlich und wird je nach Rechtsgebiet verschieden verwendet ⁴⁾. Da die Begriffe Unternehmen und Betrieb im Zusammenhang stehen und oben an das Betriebsverfassungsrecht angeknüpft wurde, soll hier vom betriebsverfassungsrechtlichen Unternehmensbegriff ausgegangen werden. Danach ist das

-
- 1) Ziel dieser Arbeit ist nicht, Begriffe miteinander zu vergleichen und auf ihre unterschiedliche Bedeutung hin zu untersuchen, sondern es sollen Wege aufgezeigt werden, die im Einklang mit den gegebenen gesetzlichen Regelungen zu interessengerechten Ergebnissen führen.
 - 2) Ständige Rechtsprechung und herrschende Lehre: BAGE 1, 175, 178 = AP Nr. 1 zu § 88 BetrVG 1952; zuletzt LAG Berlin BB 1978, 153 f; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 18 I 1; Hueck/Nipperdey, I, § 16 II; Nikisch, I, § 18 I 5.

Unternehmen eine organisatorische Einheit, die auf einer Verbindung personeller und sachlicher Mittel beruht, wobei ein einheitlicher, über das arbeitstechnische hinausgehender, meist wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird ¹⁾.

Ein Unternehmen kann mehrere Betriebe umfassen. Auf die Rechtsform kommt es nicht an. Ebenso wie der Betrieb kann das Unternehmen nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein. Dies ist der jeweilige Unternehmer, der Inhaber des Unternehmens. Bei ihm handelt es sich je nach Rechtsform um eine natürliche oder juristische Person. Unternehmensinhaber können auch offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften sein, die zwar keine juristischen Personen, ihnen aber in ihrer Rechtsstellung angenähert sind, vgl. §§ 124 I, 161 II HGB.

c) "Beschäftigte" in der Betriebskrankenkasse sind alle diejenigen natürlichen Personen, die für die Betriebskrankenkasse arbeiten. Der Geschäftsführer nimmt eine Sonderstellung ein, da er einerseits Organ ist, § 31 I 2 SGB IV, andererseits für ihn auch § 362 RVO gilt, § 36 II 2, 1. Halbs. SGB IV. Soweit sich für ihn arbeitsrechtliche Besonderheiten ergeben, wird darauf eingegangen.

2. Gang der Darstellung

Im ersten Abschnitt wird untersucht, wer Arbeitgeber der in der Betriebskrankenkasse

3) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1 BetrVG Rdnr. 13.
4) Vgl. Brox, HR Rdnr. 154; BAG BB 1978, 962 f.

1) Dietz/Richardi, § 1 BetrVG Rdnr. 22; Hueck/Nipperdey, I, § 16 VI.

Beschäftigten ist. Dabei kommt es insbesondere auf die Verfassungsmäßigkeit des § 362 I RVO sowie auf die Möglichkeit der gemeinsamen Arbeitgeberstellung von Unternehmer und Betriebskrankenkasse an.

Der zweite Abschnitt hat die kollektivrechtliche Seite der Arbeitsverhältnisse der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten zum Gegenstand. Zu klären ist, ob ihnen ein eigener Personalrat zusteht und ob gegebenenfalls ein Gesamtbetriebsrat oder Gesamtpersonalrat gebildet werden muß. Außerdem ist zu prüfen, ob für sie ein eigener Tarifvertrag in Betracht kommen kann.

Der dritte Abschnitt beschäftigt sich mit den individualrechtlichen Konsequenzen aus den in den ersten beiden Abschnitten gefundenen Lösungen. Es geht um Fragen der Ausbildung, Haftung und Kündigung. Bei der Ausbildung kommt es darauf an, wer Ausbildender ist und wer ausbilden darf. Haftungsrechtlich interessiert besonders, welchen Regreßforderungen das Betriebskrankenkassenpersonal ausgesetzt ist. Weiter sind die Kündigungsberechtigung und die Mitwirkungsrechte der an der Kündigung Beteiligten zu klären.

Zum Schluß wird die gegenwärtige Rechtsstellung der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten zusammengefaßt und ein kurzer Ausblick auf de lege ferenda anzustrebende Regelungen gegeben.

Erster Abschnitt:

=====

Der Arbeitgeber der in Betriebskrankenkassen
Beschäftigten

Es gibt keine einheitliche Definition des Arbeitgebers. Auch der Entwurf des Arbeitsgesetzbuches sieht keine Begriffsbestimmung vor. Der Begriff ist relativ und wird in den einzelnen Rechtsgebieten verschieden verwendet. Um eine einheitliche Argumentationsgrundlage zu schaffen, soll wie schon beim Betriebs- und Unternehmensbegriff an das Betriebsverfassungsrecht angeknüpft werden.

Das BetrVG enthält zwar keine ausdrückliche Definition des Arbeitgebers, wohl aber eine der Arbeitnehmer in § 5 BetrVG. Da beide Begriffe einander bedingen und im Zusammenhang gesehen werden müssen, lassen sich Rückschlüsse auf den Arbeitgeberbegriff ziehen.

Zunächst wäre es falsch, alle Personen als Arbeitgeber anzusehen, die keine Arbeitnehmer sind; denn es besteht kein negatives Ausschlußverhältnis. Zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern gibt es arbeitnehmer-¹⁾ und nach m. M. auch arbeitgeberähnliche²⁾ Personen. So führt der bloße Umkehrschluß aus der in § 5 II BetrVG vorgenommenen Abgrenzung nicht zur Bestimmung des Arbeitgebers.

- 1) Vgl. § 5, 2 ArbGG und die Legaldefinition in § 12 a I Nr. 1 TVG: "... Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind ..."; Herschel, DB 1977, 1185.
- 2) Pakebusch, Die arbeitgeberähnlichen Personen und ihre arbeitsrechtliche Sonderstellung, S.60 ff; Hoffknecht, Die leitenden Angestellten im Koalitions- und Arbeitskampfrecht, S. 40 ff.

§ 5 I BetrVG nennt zwar Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, sagt aber nicht, ob ihre Beziehung zum Arbeitgeber eine rechtliche oder nur eine tatsächliche ist. Durch den Verweis in § 6 I, II BetrVG auf die Ausübung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung wird nur der Personenkreis der Arbeiter und Angestellten eingegrenzt, nicht aber der rechtliche Charakter der Ausübung bestimmt. Das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis ist nicht dem Arbeitsverhältnis gleichzusetzen ¹⁾. Dies ergibt sich schon aus § 7 SGB IV, der "Beschäftigung" als nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, definiert.

Während früher über die Frage, ob ein Arbeitsvertrag für die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erforderlich sei, zwischen den Vertretern der Eingliederungstheorie ²⁾ und denen der Vertragstheorie ³⁾ Streit herrschte, hat inzwischen Nikisch, der letzte Hauptvertreter der Eingliederungstheorie, den Arbeitsvertrag als Beginn des Arbeitsverhältnisses anerkannt ⁴⁾. Grundsätzlich ist also für ein Arbeitsverhältnis ein Arbeitsvertrag erforderlich ⁵⁾. Arbeitgeber der in § 5 I BetrVG genannten Arbeitnehmer ist deren Vertragspartner. Für die in Betriebskrankenkassen Beschäftigten kommen daher die Betriebskrankenkasse, der Unternehmer oder beide zusammen als Arbeitgeber in Betracht.

1) Vgl. Dietz/Richardi, § 5 BetrVG Rdnr. 4.

2) Insbesondere Nikisch, Festschrift f. Heinrich Lehmann, S. 295.

3) Insbesondere Hueck/Nipperdey, I, § 21 IV.

4) Vorwort zur 3. Aufl., 1963, S. VIII sowie § 19 II 1; vorher hatte schon Siebert, der Begründer der Eingliederungstheorie (vgl. Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, S. 1 ff) das Erfordernis eines Vertrages anerkannt, vgl. Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 1, S. 5390.

Gäbe es nicht § 362 I RVO, wären die Betriebskrankenkassen genauso wie die anderen Krankenkassen Arbeitgeber ihres Personals. Soweit sie Arbeitnehmer in Eigenbetrieben, z. B. in Erholungsheimen, Kliniken, Röntgen- und anderen medizinisch-diagnostischen Instituten ¹⁾, beschäftigen oder nach §§ 185 a, 376 b 1 RVO Krankenschwestern und Haushaltshilfen anstellen, sind sie Arbeitgeber. Es bleibt zu prüfen, inwieweit dies auch für Personen gilt, die i. S. des § 362 I RVO für die Geschäfte der Betriebskrankenkasse erforderlich sind.

5) Zur Möglichkeit eines Arbeitsverhältnisses bei fehlendem oder unwirksamen Arbeitsvertrag vgl. Hueck/Nipperdey, I, § 21 I 1; Nikisch, I, § 19 IV 1.

1) Vgl. Krauskopf, § 368 d RVO Anm. 2.

§ 2 Der Unternehmer als Arbeitgeber

I. Parteien des Arbeitsvertrages aufgrund des § 362 I RVO

1. "Bestellt" i. S. des § 362 I RVO

Nach § 362 I RVO bestellt der Arbeitgeber die für die Geschäfte der Betriebskrankenkasse erforderlichen Personen. Die RVO sagt nicht, ob unter dem Bestellen nur der körperschaftliche Organisationsakt (Zuweisung eines Amtes im organisationsrechtlichen Sinne ¹⁾ ²⁾ oder nur die (privatrechtliche) Einstellung oder aber beides gemeint ist.

Das Wort "Bestellen" ist aus § 64 Nr. 3 KVG ³⁾ übernommen ⁴⁾ und dann in neueren Gesetzen fortgeschrieben worden. So verlangte § 15 I a 2 SVerwG für die Bestellung des Geschäftsführers die Zustimmung des Betriebskrankenvorstandes. Das SGB IV hat in § 36 II 2 diese Regelung aufgegriffen und auf Vorschlag des Bundesrats ⁵⁾ abgewandelt; jetzt ist für die Bestellung des Geschäftsführers und seines Stellvertreters die Zustimmung der Mehrheit der Versichertenvertreter im Vorstand und in der Vertreterversammlung erforderlich ⁶⁾.

- 1) Vgl. Wolff/Bachof, II, § 109 I b.
- 2) Für den körperschaftlichen Organisationsakt wird im folgenden der Begriff "Berufung" synonym gebraucht.
- 3) § 64 Nr. 3 KVG lautet: "Die Rechnungs- und Kassenführung ist unter Verantwortlichkeit und auf Kosten des Betriebsunternehmers durch einen von demselben zu bestellenden Rechnungs- und Kassenvorführer wahrzunehmen. Verwendungen von Kassengeldern in den Nutzen der Betriebsunternehmer fallen unter die Vorschrift des § 42 Abs. 2."
- 4) Vgl. BSGE 35, 121, 123.
- 5) Vgl. die Begründung des Bundesrats zur Änderung des Art. I § 37 II 4 SGB IV - Entwurf (dem heute § 36 II 2, 3 SGB IV entsprechen), BT-Drucks. 7/4122, S. 44 f.
- 6) Zu diesem Problemkreis vgl. unten § 8 II.

a) Volmer ¹⁾ sieht im Bestellen des Betriebskrankenkasenpersonals nach § 362 I RVO einen Vorgang des öffentlichen Rechts und setzt ihn mit dem Ernennen in ein Amt gleich. Wie beim Bestellen der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, § 84 I AktG, soll zwischen Bestellung und Abschluß des Arbeitsvertrages unterschieden werden ²⁾.

Es erscheint bedenklich, bei einer Gesetzesformulierung, die auf ein Gesetz aus dem letzten Jahrhundert zurückgeht, allein auf ein Wort abzustellen und es nach dem heutigen Verständnis juristischer Terminologie zu interpretieren.

(1) Schon die Formulierungen im KVG sind nicht einheitlich. In § 46 II 2 KVG ist die Rede von der Anstellung eines Rechnungs- und Kassenführers. Über dessen Bestellung ist nichts gesagt. Allein aus dem Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift kann aber nicht gefolgert werden, daß der Rechnungs- und Kassenführer des in § 46 I KVG genannten Verbandes kein Amt im organisationsrechtlichen Sinne gehabt hat; dessen Zuweisung ist nur nicht gesetzlich geregelt.

(2) § 64 Nr. 3 KVG war notwendig, um eine Ausnahmeregelung zu § 42 I KVG ³⁾ zu schaffen. Für die pflichtwidrige Verwaltung der Betriebskrankenkasse sollte der Unternehmer haften. Das entsprach seiner Stellung. Als Initiator der Betriebskrankenkasse, § 60 I KVG, hatte er regelmäßig ⁴⁾ den Vorsitz im Vorstand sowie in der Generalversammlung inne, vgl. § 64

1) Festschrift f. Schieckel, S. 332.

2) Festschrift f. Schieckel, S. 333.

3) § 42 I KVG lautet: "Die Mitglieder des Vorstandes, sowie Rechnungs- und Kassenführer haften der Kasse für pflichtmäßige Verwaltung wie Vormünder ihren Mündeln".

4) Vgl. Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1974, 370.

Nr. 2 KVG; er stellte auch die sachlichen ¹⁾ und persönlichen Mittel. Seine Funktionen griffen ineinander über. Es kam nicht darauf an, ob er den Kassen- und Rechnungsführer für die Betriebskrankenkasse "anstellte" oder aus seinem Unternehmen "abstellte" oder als Vorstandsvorsitzender der Betriebskrankenkasse "bestellte".

(3) Diese Situation bestand auch noch für den RVO-Gesetzgeber. § 362 I RVO war als Abgrenzung zu § 349 RVO ²⁾ erforderlich. Die Formulierung "...bestellt der Arbeitgeber auf seine Kosten ..." deutet darauf hin, daß zumindest die Einstellung des Betriebskrankenkassenpersonals gemeint ist; denn die Berufung als solche verursacht keine Kosten. Die Begründung zu § 371 des Entwurfs einer RVO - aus dem § 362 RVO hervorging - bestätigt diese Auslegung. Sie stellt ausdrücklich klar, daß es sich beim Betriebskrankenkassenpersonal wie bisher um Angestellte des Unternehmers handelt und das Verhältnis zu ihm auf privatrechtlicher Grundlage beruht ³⁾. Grundlage ist der jeweilige Arbeitsvertrag. Das KVG weist auf ihn in den §§ 1, 2 I Nr. 3 hin. Bei den entsprechenden RVO-Vorschriften ist in § 176 I Nr. 2 RVO nur noch von "ohne eigentliches Arbeitsverhältnis" die Rede. Inhaltlich

1) Vgl. Stier-Somlo, § 362 RVO Anm. 3.

2) § 349 RVO lautet: "Bei den Krankenkassen werden die aus Mitteln der Kassen bezahlten Stellen der Beamten und derjenigen Angestellten für welche die Dienstordnung (§ 351) gilt, mit zwei Drittel Mehrheit durch den Vorstand besetzt."

3) So heißt es in den Anlagen zum Entwurf einer Reichsversicherungsordnung, S. 210: "Im übrigen bewendet es für diese bei den Bestimmungen, die jetzt § 64 Nr. 3 KVG vorsieht. Sie sind nicht Angestellte der Kasse, sondern solche des Betriebsunternehmers, und ihr Verhältnis zu diesem beruht auf privatrechtlicher Grundlage." Die Formulierung in § 362 II RVO "Angestellte der Betriebskrankenkassen ..." ist also nicht zuordnend gemeint.

hat sich jedoch nichts geändert ¹⁾.

Die Zuweisung des jeweiligen organisationsrechtlichen Amtes für die Betriebskrankenkassenangestellten brauchte der RVO-Gesetzgeber nicht speziell zu regeln. Da der Arbeitgeber außer dem Vorsitz auch die Hälfte der Stimmen im Vorstand sowie in der Generalversammlung hatte, §§ 338 III 2, 338 I, 327 RVO, und bei Stimmengleichheit seine Stimme den Ausschlag gab, § 9 RVO, konnte er den Rechnungs- und Kassenführer seiner Wahl berufen.

Das "bestellt" in § 362 I RVO meint also die Einstellung und damit auch den Abschluß von Arbeitsverträgen ²⁾. Als Arbeitgeber übernimmt der Unternehmer nicht nur die mit der Einstellung verbundenen Kosten ³⁾, sondern auch die Folgekosten, insbesondere das zu zahlende Entgelt ⁴⁾.

b) Volmer macht ferner geltend, daß das Abschlußrecht des Arbeitgebers ein verzichtbares ⁵⁾ Gewohnheitsrecht sein soll ⁶⁾.

In diesem Punkt widerlegt sich Volmer selbst, indem er mit der h. M. der Betriebskrankenkasse aus § 362 I RVO das Recht gewährt, vom Arbeitgeber (Unternehmer) zu fordern, der Betriebskrankenkasse in ausreichendem Umfang Personal zur Verfügung zu stellen ⁷⁾. Dem steht eine

1) Vgl. zu den Nachweisen aus der Entstehungsgeschichte Fabricius, Gesellschaftsrechtliche Unternehmensverbindungen und Arbeitgeberbegriff in der betrieblichen Krankenversicherung, S. 48 ff.

2) Vgl. BAG-Beschluß v. 18. Juli 1978 - 1 ABR 8/75 "Unter Einstellung wird nach überwiegender Meinung sowohl die rechtliche Begründung des Arbeitsverhältnisses als auch die zeitlich damit zusammenfallende, vorhergehende oder auch nachfolgende tatsächliche Arbeitsaufnahme verstanden (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 /zu II 3 der Gründe/; a.A. Galperin-Löwisch, § 99 Anm. 10)."

3) Vgl. Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1973, 372.

4) Vgl. Stier-Somlo, § 362 RVO Anm. 3; Weber, BKK 1954, Sp. 326; Fertsch/Rubner/Scholz, WzS

gleichartige Pflicht auf seiten des Unternehmers gegenüber, der er sich nicht durch Verzicht entziehen kann. Außerdem müßte bei einem Verzichtsvertrag zwischen Betriebskrankenkasse und Unternehmer die Aufsichtsbehörde nach § 87 I SGB IV wegen Umgehung des § 362 I RVO einschreiten.

2. "Arbeitgeber" i. S. des § 362 I RVO

Wenn die RVO von "Arbeitgeber" statt wie das KVG von "Unternehmer" in den einander entsprechenden Vorschriften ¹⁾ spricht, so ist dies mit dem Unterschied zwischen Kranken- und Unfallversicherung zu erklären. Während bei der Unfallversicherung nach §§ 537 ff RVO, in denen auch die RVO den Unternehmerbegriff verwendet ²⁾, der Kreis der Versicherten mit Rücksicht auf den Zweck der Unfallversicherung weiter gezogen wurde, erfaßte die Krankenversicherung ursprünglich nur Personen, die - mit Ausnahme der Auszubildenden - in einem entgeltlichen Arbeitsverhältnis standen ³⁾. Die unterschiedliche Terminologie ist also zweckorientiert und will keine streng voneinander getrennten Gruppen herausheben; vielmehr überschneiden sich beide Begriffe. Der Unternehmer ist der Inhaber des Unternehmens, der Arbeitgeber die Partei des Arbeitsvertrages; in der Regel besteht Personenidentität.

1974, 372; Krauskopf, § 362 RVO Anm. 5. Aye in RVO-Gesamtkommentar, § 362 RVO Anm. 20.

5) Festschrift f. Schieckel, S. 334 f, 337.

6) Festschrift f. Schieckel, S. 334.

7) Festschrift f. Schieckel, S. 336.

1) Z. B. § 60 KVG - § 245 RVO, § 64 Nr. 3 KVG - § 362 I RVO.

2) § 658 II Nr. 1 RVO lautet: "Unternehmer ist derjenige, für dessen Rechnung das Unternehmen (Betrieb, Einrichtung oder Tätigkeit) geht."

3) Vgl. § 165 RVO a. F. .

In diesem Sinne ist auch der "Arbeitgeber" in § 362 I RVO zu verstehen. Er ist das Rechtssubjekt, das mit den in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten die Arbeitsverträge abschließt und die daraus erwachsene Gläubiger- und Schuldnerstellung einnimmt.

II. Verfassungsmäßigkeit des § 362 I RVO

Soweit die Verfassungsmäßigkeit des § 362 I RVO zweifelhaft ist ¹⁾, kommt nur ein Verstoß gegen Art. 33 IV GG oder gegen die Grundsätze der Selbstverwaltung in Betracht. Wenn § 362 I RVO verfassungswidrig wäre, könnte die Betriebskrankenkasse als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung, § 29 I SGB IV, selbst ihr Personal einstellen, ohne den Unternehmer einschalten zu müssen. Dieser wäre dann auf seine Rechte in den Selbstverwaltungsorganen beschränkt.

1. Vereinbarkeit mit Art. 33 IV GG

Nach Art. 33 IV GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Mit letzteren sind die Berufsbeamten gemeint ²⁾; davon ging auch der Allgemeine Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates aus ³⁾. Die Betriebskrankenkassen üben hoheitliche Befugnisse aus, wenn sie Beiträge einziehen, §§ 393 I, 1396 I RVO, §§ 176, 172 I AFG, Zwangsgelder festsetzen, §§ 318 a II, 445 RVO, oder Bußgeldbescheide erlassen, §§ 530, 532 RVO

1) Vgl. einerseits LSG Schleswig-Holstein, Breithaupt 1954, 1105, 1109, andererseits Lay, BKK 1978, 20; zweifelnd: Schallen, Die Stellung der Geschäftsführer von Sozialversicherungsträgern, 3.1.4.; Bericht der Bundesregierung zu Fragen der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, BT-Drucks. 7/4244, S. 20 f; Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil II, § 362 Anm. 1:

i. V. m. §§ 35 II, 36 I Nr. 1 OWiG, § 96 SGB IV. Der Schluß liegt nahe, daß diese hoheitlichen Funktionen an sich von Betriebskrankenkassenbeamten erfüllt werden müßten und daß § 362 I RVO nicht mit Art. 33 IV GG vereinbar sei.

a) § 362 I RVO könnte schon mit Erlaß des Grundgesetzes verfassungswidrig geworden sein. Dann müßte Art. 33 IV GG auch für die Regelungen der RVO gelten.

Art. 33 IV GG enthält kein Recht des einzelnen ¹⁾, sondern wendet sich an den Gesetzgeber und die vollziehende Gewalt ²⁾. Hätte der Gesetzgeber des Grundgesetzes dem Art. 33 IV GG unmittelbare Wirksamkeit geben wollen, hätte er berücksichtigt, daß seit dem Deutschen Beamtengesetz vom 26. Januar 1937 ³⁾ ein Beamtenverhältnis nur durch Aushändigung der Ernennungsurkunde, § 27 DBG, begründet werden kann ⁴⁾. Art. 33 IV GG weist den Gesetzgeber an, die ständige Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel Beamten zu übertragen. Diese Anweisung ist auf die zukünftige Gesetzgebung ausgerichtet ⁵⁾ und betrifft nicht die beim Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehenden Gesetze wie die RVO. Art. 33 IV GG verlangt auch nicht, daß § 362 I RVO geändert wird. Nach der Intention des Gesetzgebers sollte es bei dem Zustand vor Erlaß des Grundgesetzes bleiben, vorbehaltlich einer späteren reformierenden Ent-

"§ 362 steht mit dem in Art. 33 Abs. 4 GG zum Ausdruck gekommenen Willen des Verfassungsgebers nicht in Einklang." Ob Peters mit dem Hervorheben des Wortes "Einklang" ausdrücken will, daß § 362 RVO dennoch verfassungsgemäß sei, bleibt offen.

- 2) H. M. vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 GG Rdnr. 39 m. w. N.; anders Wacke, in: Neues Beamtentums, S. 165.
- 3) V. Doemming/Fußlein/Matz, JÖR n.F. Bd. 1, S. 323. Vgl. auch § 2 I BBG, § 2 I BRRG.
- 1) BVerfGE 6, 376, 385; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 GG Rdnr. 40.
- 2) BAGE 2, 81, 84; OVG Münster, OVG 26, 115, 116 f; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 GG Rdnr. 40 m.w.N. .

scheidung des Gesetzgebers. Absichtlich wurde durch die Worte "in der Regel" die Möglichkeit offengelassen "gewisse Kategorien von Trägern dauernder Aufgaben in Ausübung öffentlicher Gewalt" ¹⁾ nicht zu Beamten zu machen "z. B. auf dem großen Gebiet der Fürsorge, der Wirtschaftsbetriebe, Verkehrsämter" ²⁾.

Der Gesetzgeber sollte nicht in einen zeitlichen Zugzwang gesetzt werden. Dies bestätigt ein Vergleich zu Art. 29 I GG a. F. . Art. 29 I 1 GG a. F. beauftragte den Gesetzgeber mit der Neuordnung des Bundesgebiets ³⁾. Ein Gesetz, das von der überkommenen Gliederung ausging, verstieß dennoch nicht gegen Art. 29 I 1 GG a. F. . Ebenso konnten auch weiterhin die für die Geschäfte der Betriebskrankenkasse erforderlichen Personen vom Arbeitgeber nach § 362 I RVO bestellt werden. Das Inkrafttreten des Grundgesetzes zwang nicht dazu, die Regelung des § 362 I RVO und der §§ 349 ff RVO (Dienstordnungsangestellte) am Maßstab des Art. 33 IV GG zu überprüfen. § 362 I RVO galt als vorkonstitutionelles Recht über Art. 123 I GG fort.

b) Damit § 362 I RVO überhaupt an Art. 33 IV GG gemessen werden kann, müßte der Gesetzgeber nach Inkrafttreten des Grundgesetzes die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im inhaltlichen Zusammenhang mit § 362 I RVO geregelt haben.

Insoweit könnte der Gesetzgeber mit Erlaß des § 36 SGB IV gegen Art. 33 IV GG verstoßen haben. Nach § 36 II 2, 1. Halbs. SGB IV bleibt bei Betriebskrankenkassen § 362 RVO unberührt. Die Vertreterversammlung wählt den Geschäfts-

3) RGBl. I S. 39.

4) BAGE 2, 81, 84.

5) Ebenda.

1) So die Abgeordneten Dr. Horch (SPD), Dr. Kleindienst (CDU), zitiert nach v. Doemming/Fußlein/Matz, JÖR n. F. Bd. 1, S. 379.

2) Ebenda.

führer und seinen Stellvertreter nicht auf Vorschlag des Vorstandes, sondern diese werden vom Arbeitgeber bestellt. Allerdings bedarf ihre Bestellung der Zustimmung der Mehrheit der Versichertenvertreter im Vorstand und in der Vertreterversammlung, § 36 II 2, 2. Halbs. SGB IV.

Es bestehen Zweifel, ob der Gesetzgeber mit § 36 II SGB IV die Ausübung hoheitlicher Befugnisse gegenüber Dritten regeln wollte.

(1) Die Entstehungsgeschichte gibt dafür nichts her ¹⁾. Der Gesetzgeber wollte lediglich die Grundsätze des Selbstverwaltungsrechts in das Sozialgesetzbuch übertragen; als Vorlage diente § 15 I a 2, 1. Halbs. SVerwG.

(2) Systematisch gehört § 36 SGB IV zu den gemeinsamen Vorschriften für die Sozialversicherung, und zwar zu denjenigen über die Verfassung der Sozialversicherungsträger ²⁾. Seine Bedeutung liegt in der Legitimation des Geschäftsführers durch die Selbstverwaltungsorgane. Es handelt sich dabei um eine interne selbstverwaltungsrechtliche Regelung. Über die Ausübung hoheitlicher Befugnisse Dritten gegenüber sagt § 36 II SGB IV nichts aus.

(3) Zu berücksichtigen ist ferner, daß parallel zur Kodifikation der Sozialgesetzbücher das öffentliche Dienstrecht reformiert werden soll; hier greift Art. 33 IV GG ein. So sah § 241 III der beiden Entwürfe eines

3) Art. 29 I 1 GG a. F. lautet: "Das Bundesgebiet ist ... neu zu gliedern".

1) Vgl. die Begründung zu Art. I § 37 (Geschäftsführer) SGB-Entwurf, BT-Drucks. 7/4122, S. 35 f., die Stellungnahme des Bundesrats dazu, BT-Drucks. 7/4122, S. 44 f., und den schriftlichen Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drucks. 7/5457, S. 5.

2) Der Erste Titel "Verfassung" des Dritten Abschnitts "Träger der Sozialversicherung" umfaßt §§ 29-42 SGB IV.

Krankenversicherungsneuregelungsgesetzes ¹⁾ die Personalhoheit für die Betriebskrankenkassen vor. Der Bericht der Bundesregierung zu Fragen der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung vom 03. November 1975 empfahl jedoch, von einer beschränkten Neuordnung des Dienstrechts auf dem Gebiet der Sozialversicherung abzusehen und sie in die allgemeine Reform des öffentlichen Dienstrechts einzubetten ²⁾.

§ 36 II SGB IV regelt nicht die Ausübung hoheitlicher Befugnisse gegenüber Dritten, so daß § 362 I RVO nicht an Art. 33 IV GG zu messen ist. § 362 I RVO gilt als vorkonstitutionelles Recht fort.

2. Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Selbstverwaltung

In Betracht kommt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Personalhoheit, da nach § 362 I RVO der Arbeitgeber die Beschäftigten für die Betriebskrankenkasse bestellt. Zum Recht der Selbstverwaltung gehört die Personalhoheit ³⁾.

Es ist umstritten, ob die Grundsätze der Selbstverwaltung - außer für die Gemeinden nach Art. 28 II GG - verfassungsrechtlich geschützt sind. Die h. M. verneint dies ⁴⁾. Auf den Streit kommt es hier nicht an, wenn schon kein Grundrechtsverstoß vorliegt. An einem solchen fehlt es, falls sich herausstellt, daß § 362 I RVO die Personalhoheit in ihrem Wesensgehalt unangetastet läßt.

1) Vgl. BT-Drucks. III/1540 und IV/816.

2) BT-Drucks. 7/4244, S. 21 f.

3) BVerfGE 1, 167, 175.

4) BVerfGE 11, 310, 321; 21, 362, 371; 23, 12, 22 f.; 36, 383, 393; 39, 302, 314 ff.; Boggs, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, S. 115 ff.; Krause in GK § 29 SGB IV Rdnr. 37; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 III GG Rdnr. 50, Art. 28 GG Rdnr. 55; Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil I, § 4 SGB I Anm. 3; Wannagat, 1. Bd., S. 40 ff.; für verfassungsrechtlichen Schutz: Bettermann, NJW 1969, 1327;

Die Selbstverwaltung ist ein geschichtlich gewordener Begriff, bei dessen Bestimmung den historischen Entwicklungen Rechnung zu tragen ist ¹⁾. Wird aufgrund der geschichtlichen Entwicklung bei den Trägern der Sozialversicherung eine Regelung akzeptiert, die vom Normalfall abweicht, so ist sie als mit dem Wesen der Selbstverwaltung vereinbar anzusehen ²⁾. Das ist bezüglich der Personalbestellung bei den Betriebskrankenkassen der Fall. Von Anfang an bestellte und bezahlte der Inhaber des Unternehmens die Beschäftigten in der Betriebskrankenkasse. Entsprechend wurden die gesetzlichen Regelungen im KVG und in der RVO gefaßt ³⁾. Diese spezielle Lösung der Personalfrage bei den Betriebskrankenkassen ist also historisch gewachsen und verletzt nicht den Wesensgehalt der Personalhoheit. § 362 I RVO verstößt folglich nicht gegen den Grundsatz der Personalhoheit. Es kommt nicht darauf an, ob dieser verfassungsrechtlich geschützt ist oder nicht.

Leopold, Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, S. 67; Rode, BKK 1967, Sp. 423; Salzwedel, Staat und Selbstverwaltung in der gesetzlichen Rentenversicherung, S. 19; Schnapp, SozSich 1970, 202, wohl auch in BG 1978, 527.

1) Vgl. BVerfGE 7, 358, 364.

2) Ebenda.

3) Vgl. oben § 1 I 1.

§ 3 Die Betriebskrankenkasse als Arbeitgeber

Es gibt drei Möglichkeiten, wie die Betriebskrankenkasse als Arbeitgeber der in ihr Beschäftigten auftreten könnte: als alleinige Arbeitgeberin, als weitere Arbeitgeberin neben dem Unternehmer oder zusammen mit ihm in einer Arbeitgebergemeinschaft.

Ein mittelbares Arbeitsverhältnis, bei dem das Betriebskrankenkassenpersonal von einem Arbeitgeber beschäftigt wird, der wiederum selbst Arbeitnehmer eines Dritten ist, scheidet aus, da zwischen Betriebskrankenkasse und Unternehmer kein Arbeitsverhältnis besteht.

I. Alleinige Arbeitgeberin

Die Betriebskrankenkasse könnte entweder vom Abschluß des Arbeitsvertrags an oder durch spätere Übertragung der Arbeitgeberstellung alleinige Arbeitgeberin sein.

1. Unternehmer als Stellvertreter

Der Unternehmer könnte bei Abschluß des Arbeitsvertrages als Vertreter der Betriebskrankenkasse aufgetreten sein.

Dagegen spricht schon der Wortlaut des § 362 I RVO; es heißt dort "Bei den Betriebskrankenkassen bestellt der Arbeitgeber die für die Geschäfte erforderlichen Personen" und nicht "Für die Betriebskrankenkassen bestellt der Arbeitgeber ...". Wenn der Unternehmer durch § 362 I RVO nur mit der Vertretung der Betriebskrankenkasse beauftragt werden sollte, wäre es inkonsequent, ihn als Vertreter gleichzeitig mit der Lohnzahlungspflicht zu belasten. § 362 I RVO müßte dann zwei Regelungen zum Inhalt haben: zum einen die Vertretungsbefugnis im

Außenverhältnis, zum anderen die Kostentragungspflicht im Innenverhältnis. Dagegen spricht die generelle Trennung zwischen Krankenkasse und Unternehmer in der RVO; die übrigen Krankenkassen stellen selbständig ihr Personal ein, § 349 RVO. Die Schaffung des § 362 I RVO zeigt, daß für die Betriebskrankenkassen eine von § 349 RVO abweichende Regelung gelten soll. Der Unternehmer tritt bei der Personalbeschaffung für die Betriebskrankenkasse im eigenen Namen und nicht als Stellvertreter auf.

2. Übertragung der Arbeitgeberstellung

Es ist rechtlich auch möglich, daß der Unternehmer zunächst nach § 362 I RVO seine alleinige Arbeitgeberstellung begründet und diese dann auf die Betriebskrankenkasse überträgt. Dann müßte den Arbeitsverträgen der Beschäftigten ein entsprechender Wille aller Beteiligten zugrunde liegen und ein Übertragungsakt zwischen Unternehmer und Betriebskrankenkasse feststellbar sein.

a) Gegen den Willen des Unternehmers auf Übertragung der Arbeitgeberstellung spricht sein geringes Interesse daran. Er verlöre seine Gläubigerstellung aus dem Arbeitsvertrag, könnte sich aber wegen § 362 I RVO ("... bestellt der Arbeitgeber auf seine Kosten ...") nicht der Lohnzahlungspflicht entziehen. Diese ist gesetzlich festgelegt, und ihr Bestehenbleiben würde auch nicht durch die Entlastung von anderen Arbeitgeberpflichten ausgeglichen. Der Unternehmer hat kein Interesse an einem Verlust seiner Gläubigerstellung aus dem Arbeitsvertrag, wenn ihm nicht gleichzeitig die hauptsächliche Arbeitsvertragspflicht

des Arbeitgebers, nämlich die Zahlung des Entgelts, abgenommen wird.

b) Betrachtet man die Interessenlage der Betriebskrankenkasse, so erhielte sie die Arbeitgeberstellung ohne die Pflicht zur Lohnzahlung und hätte damit eine rechtlich stärkere Position als zuvor inne. Ihr käme eine Übertragung der Arbeitgeberstellung gelegen.

c) Der Wille der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten wäre auf einen Arbeitgeberwechsel gerichtet, wenn ihnen die Betriebskrankenkasse als Arbeitgeber Vorteile brächte, z. B. ihnen durch eine Dienstordnung einen beamtenähnlichen Status verschaffen könnte. Die §§ 349 ff RVO gelten aber de lege lata gerade nicht für Betriebskrankenkassen. Vielmehr bietet der Unternehmer als der kapitalkräftigere Arbeitsvertragspartner eher die Gewähr, daß der Anspruch auf Arbeitsentgelt realisiert wird. Da das Betriebskrankenkassenpersonal aus einem Arbeitgeberwechsel keine Vorteile zieht, spricht nichts für einen darauf gerichteten Willen.

d) Äußerer Ansatzpunkt für eine Übertragung der Arbeitgeberstellung auf die Betriebskrankenkasse könnte die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebskrankenkasse sein. Zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme tritt aber kein entsprechender Geschäftswille der Beteiligten nach außen erkennbar hervor; gegen die Annahme konkludente Willenserklärungen sprechen die oben genannten Gründe. Ein anderer Übertragungsakt ist nicht feststellbar. Die vom Unternehmer abgeschlossenen Arbeitsverträge bleiben somit in ihrer ursprünglichen Fassung bestehen.

e) Insgesamt gesehen erscheint eine Übertragung der Arbeitgeberstellung vom Unternehmer auf die Betriebskrankenkasse zu konstruiert. Sie steht nicht mit der Rechtswirklichkeit in Einklang, da es an einem entsprechenden Austausch von Willenserklärungen fehlt ¹⁾.

II. Weitere Arbeitgeberin neben dem Unternehmer

Die Betriebskrankenkasse könnte aufgrund besonderer Rechtsverhältnisse (Leiharbeitsverhältnis, Vertrag zugunsten Dritter) weitere Arbeitgeberin neben dem Unternehmer sein.

Ein Dienstverschaffungsvertrag ²⁾ braucht hier nicht erörtert zu werden, da er kein Rechtsverhältnis zwischen der Betriebskrankenkasse und den in ihr Beschäftigten schafft, sondern das Verhältnis zwischen Betriebskrankenkasse und Unternehmer betrifft. Er könnte den Unternehmer höchstens verpflichten, der Betriebskrankenkasse Arbeitnehmer auszuleihen ³⁾.

1. Leiharbeitsverhältnis

Zu untersuchen ist, ob die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten in Leiharbeitsverhältnissen stehen und ob dadurch eine Arbeitgeberstellung seitens der Betriebskrankenkasse begründet wird.

1) Ebenso Lay, BKK 1978, 6.

2) Vgl. Erman/Küchenhoff, vor § 611 BGB Rdnr. 31; Palandt/Putzo, Einf. 2 c vor § 611; Staudinger/Nipperdey/Mohnen/Neumann, Vorbem. 275 zu § 611 BGB.

3) Vgl. Palandt/Putzo, Einf. 2 c vor § 611 BGB.

a) Beim echten Leiharbeitsverhältnis stellt ein Unternehmer (Verleiher) einem anderen Unternehmer (Entleiher) für vorübergehende Zeit nicht gewerbsmäßig einen Arbeitnehmer zur Verfügung, der im Unternehmen des Entleihers unter dessen Weisung zu arbeiten hat, während sein Arbeitsvertrag mit dem Verleiher fortbesteht ¹⁾.

(1) Wenn Volmer ²⁾ auch die Überlassung auf Dauer unter das Leiharbeitsverhältnis faßt, so kann dem nicht gefolgt werden. Das Eigentümliche der Leihe besteht gerade in der Rückgabe der Leihsache, vgl. § 604 BGB ³⁾. Übertragen auf das echte Leiharbeitsverhältnis bedeutet dies, daß Verleiher und Entleiher sich über ein späteres, erneutes Tätigwerden des Arbeitnehmers im Unternehmen des Verleihers einig sind. Der Zeitpunkt braucht nicht bestimmt zu sein ⁴⁾. Von vornherein steht jedoch fest, daß die Tätigkeit im Unternehmen des Verleihers überwiegt ⁵⁾.

(2) Volmer hält auch ein echtes Leiharbeitsverhältnis mit § 362 I RVO für vereinbar ⁶⁾.

- 1) Vgl. Brox, Grundbegriffe des Arbeitsrechts, Rdnr. 10; Hueck/Nipperdey, I, § 54 IV 1; Nikisch, I, § 24 V 1; Monjau, AuR 1968, 258; Mayer-Maly, ZfA 1972, 1; Heinze, ZfA 1976, 184.
- 2) Festschrift f. Schieckel, S. 324.
- 3) Der Arbeitnehmer ist natürlich keine Sache; § 604 BGB kennzeichnet nur, was die Leihe ausmacht.
- 4) Vgl. § 604 II, III BGB für die Ausleihe von Sachen.
- 5) BSGE 31, 235, 242 m.w.N. .
- 6) Festschrift f. Schieckel, S. 324.

In die gleiche Richtung geht eine Entscheidung des LAG Bremen ¹⁾. Danach ist "das vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Kassenpersonal ... zur Dienstleistung bei der Kasse abgeordnet", auch wenn es hinsichtlich der Gehaltszahlung und der Disziplinargewalt der Geschäftsleitung des Betriebes unterstellt bleibt ²⁾. Zwar deutet das Wort "abgeordnet" auf das Beamtenrecht hin, vgl. § 27 BBG, § 17 BRRG, während die Betriebskrankenkassenbeschäftigten nicht einmal Dienstordnungsangestellte sind; das LAG Bremen könnte aber vom Inhalt her ein echtes Leiharbeitsverhältnis meinen: Die Pflicht zur Zahlung des Entgelts und die Disziplinargewalt bleiben beim Unternehmer; die Betriebskrankenkasse erhält das Weisungsrecht und die Arbeitsleistung.

(3) Das echte Leiharbeitsverhältnis widerspricht aber der mit § 362 I RVO bezweckten Regelung.

Kennzeichen des Leiharbeitsverhältnisses ist, daß der Arbeitnehmer nur vorübergehend ³⁾ im Unternehmen des Entleihers tätig wird ⁴⁾. Die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten sollen aber gerade dort bleiben und können aufgrund ihrer speziellen Ausbildung zum Teil gar nicht an anderer Stelle im Unternehmen eingesetzt werden. Schon bei der Einstellung ist abzusehen, daß sie ausschließlich oder zumindest überwiegend in der Betriebskrankenkasse arbeiten werden. Für ein echtes Leiharbeitsverhältnis fehlt das Merkmal der überwiegenden Tätigkeit im Unternehmen des Verleihers.

Weiter wird beim echten Leiharbeitsverhältnis grundsätzlich davon ausgegangen, daß der

1) BB 1965, 205.

2) Ebenda.

3) Heinze, ZfA 1976, 184.

4) Z. B. wenn dort Arbeitskräfte ausfallen.

Arbeitnehmer vor der Überlassung schon im Betrieb des Verleihers tätig war. Das ist bei dem Betriebskrankenkassenbeschäftigten nicht der Fall.

Außerdem stellt die Betriebskrankenkasse keinen Drittbetrieb ¹⁾ mit einem fremden Betriebsinhaber dar ²⁾.

Die Rechtsfigur des echten Leiharbeitsverhältnisses kann nicht auf die Beziehungen zwischen Unternehmer, Betriebskrankenkasse und deren Beschäftigte übertragen werden.

b) Beim unechten Leiharbeitsverhältnis wird der Arbeitnehmer vom Verleiher zum Zwecke der Ausleihe angestellt und dann auf Dauer gewerbsmäßig ausgeliehen. Diese unechten Leiharbeitsverhältnisse sind durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ³⁾ geregelt worden. Der Verleiher bleibt Arbeitgeber, es sei denn, der Arbeitsvertrag ist nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, da der Verleiher nicht die nach Art. 1 § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt. Dann fingiert Art. 1 § 10 I AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Entleiher. Zwischen diesen Parteien kommt ebenfalls ein Arbeitsverhältnis nach Art. 1 § 13 AÜG zustande ⁴⁾, wenn eine unerlaubte Arbeitsvermittlung vorliegt, §§ 4, 13 I AFG i.V.m. Art. 1 § 1 II AÜG.

Da der Unternehmer für die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten keine Erlaubnis i. S. des Art. 1 § 1 I AÜG besitzt, könnten nach Art. 1 § 10 I AÜG Arbeitsverhältnisse zwischen der Betriebskrankenkasse und den in ihnen Beschäftigten fingiert sein. Das AÜG betrifft aber nicht die Betriebskrankenkassenbeschäftigten. Der Unternehmer hat nicht die Absicht, gewerbsmäßig Geschäf-

1) Vgl. BAG SAE 1978, 172.

2) Vgl. unten § 4 II 1.

3) Vom 07. August 1972 (BGBl. I S. 1393).

4) Vgl. BAG SAE 1978, 173 m.w.N. .

te mit dem Ausleihen von Arbeitnehmern zu machen oder Arbeitsvermittlung zu betreiben. Er verlangt für das Zurverfügungstellen auch keine Vergütung von der Betriebskrankenkasse; dies widerspräche auch § 362 I RVO, der dem Unternehmer gerade die gesetzliche Verpflichtung zur unentgeltlichen Personalbeschaffung auferlegt.

Der Unternehmer würde auch keine Erlaubnis i. S. des Art. 1 § 1 I AÜG bekommen, da ein Versagungsgrund nach Art. 1 § 3 I Nr. 6 AÜG vorliegt: Tatsachen rechtfertigen die Annahme, daß er denselben Arbeitnehmer länger als drei aufeinanderfolgende Monate der Betriebskrankenkasse überläßt.

c) Zusammengefaßt läßt sich feststellen, daß die Betriebskrankenkassenbeschäftigten weder in echten noch in unechten Leiharbeitsverhältnissen stehen. Auf die Frage, ob und inwieweit Leiharbeitsverhältnisse eine neue Arbeitgeberstellung begründen ¹⁾, braucht nicht eingegangen zu werden.

2. Vertrag zugunsten Dritter

Zu prüfen ist, ob zwischen Unternehmer und den Arbeitnehmern, die in der Betriebskrankenkasse arbeiten sollen, Arbeitsverträge i. S. des § 328 I BGB geschlossen werden und ob dadurch eine Arbeitgeberstellung der Betriebskrankenkasse begründet wird.

1) Vgl. dazu den Lösungsversuch von Heinze, ZfA 1976, 201 ff, der einen Vertragsbeitritt annimmt.

a) Arbeitsverträge zugunsten Dritter sind grundsätzlich zulässig ¹⁾. Die Vertragsparteien sind wegen des Prinzips der Privatautonomie in der Gestaltung ihrer Verträge frei, soweit sie sich im Rahmen der Gesetze halten ²⁾. § 613, 2 BGB stellt kein Hindernis dar, da er nur eine abdingbare Auslegungsregel enthält ³⁾.

Peters ⁴⁾ sieht in § 362 I RVO die dem Unternehmer gesetzlich obliegende Pflicht, Dienstverträge zugunsten der Betriebskrankenkasse abzuschließen. Damit ist nicht gemeint, daß der Unternehmer in seiner Abschluß- oder Gestaltungs-freiheit gebunden werden soll. § 362 I RVO ist so auszulegen, daß eine gesetzliche Verpflichtung für den Unternehmer besteht, der Betriebskrankenkasse die Arbeitskraft der für sie in qualitativer und quantitativer Hinsicht erforderlichen Personen zur Verfügung zu stellen ⁵⁾.

Damit ist aber noch nicht gesagt, ob die Betriebskrankenkasse als Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. Mit Leistung ist hier die vom Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag geschuldete Arbeitsleistung gemeint.

Ob die Betriebskrankenkasse das einklagbare ⁶⁾ Recht auf Arbeitsleistung erhält, ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages zu entnehmen, § 328 II BGB.

1) Statt vieler: Hueck/Nipperdey, I, § 33 II.

2) Vgl. Brox, AT Rdnr. 24.

3) Palandt/Putzo, § 613 BGB Anm. 2.

4) Handbuch der Krankenversicherung, Teil II, § 362 RVO Anm. 2.

5) Vgl. Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1974, 374; Lay, BKK 1978, 8; Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 336.

6) Vgl. LAG Hamburg, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung.

(1) Der Zweck des Vertrages ist die Ausstattung der Betriebskrankenkasse mit Personal. Die Betriebskrankenkasse braucht Sozialversicherungsfachangestellte, Fachrichtung Krankenversicherung, um ihre Aufgaben zu erfüllen. Da sie aufgrund der historischen Entwicklung kein Recht zur Einstellung eigenen Personals hat ¹⁾, verschafft es ihr der Unternehmer. Insofern stellt § 362 I RVO die gesetzliche Regelung eines Dienstverschaffungsvertrages dar ²⁾.

Bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs war es auch nicht erforderlich, der Betriebskrankenkasse ein eigenes Recht auf Arbeitsleistung gegenüber den in der Betriebskrankenkasse Tätigen einzuräumen. Der Unternehmer war Arbeitgeber und zugleich Vorstandsvorsitzender der Betriebskrankenkasse, § 338 III RVO. Die wesentlichen Befugnisse lagen in seiner Hand.

Erst mit der Stärkung der Selbstverwaltung ab 1951 ³⁾ wurde die dominierende Stellung des Unternehmers abgebaut und den Interessen der Betriebskrankenkasse mehr Raum gegeben ⁴⁾. Zu diesem gewandelten Bild der wirtschaftlichen und sozialen Ordnung ⁵⁾ gehört auch der eigene Anspruch der Betriebskrankenkasse auf Arbeitsleistung gegen die in ihr Beschäftigten. Die der Betriebskrankenkasse gesetzlich eingeräumte Stellung macht ihn erforderlich. Die Betriebskrankenkasse hat als rechtsfähiger Sozialversicherungsträger eine gewisse Selbständigkeit. Sie führt ihre Geschäfte selbst und in eigener

-
- 1) Mit den Ausnahmen in §§ 185 a, 376 b 1 RVO.
2) Ebenso Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 321.
3) Insbesondere mit dem SVerwG vom 22. Februar 1951 (BGBl. I S. 124) in der Fassung vom 13. August 1952 (BGBl. I S. 427).
4) Vgl. oben § 1 I 1 e.
5) Vgl. BSGE 35, 121, 124.

Verantwortung, § 29 III SGB IV. Ihr Geschäftsführer ist mit den laufenden Verwaltungsgeschäften betraut, § 36 I SGB IV. Um sie ausführen zu können, muß er Einfluß auf die Arbeit der Betriebskrankenkassenbeschäftigten nehmen können. Dabei geht es nicht nur darum, daß gearbeitet, sondern auch wie gearbeitet wird. Wenn der Geschäftsführer die Arbeit nicht organisieren und einteilen könnte, fehlte ihm die Grundlage zum Führen der laufenden Verwaltungsgeschäfte.

(2) Die Arbeitsverträge zwischen dem Betriebskrankenkassenpersonal und dem Unternehmer werden im Interesse der Betriebskrankenkasse geschlossen. Deshalb liegt die Folgerung nahe ¹⁾, daß die Betriebskrankenkasse ein eigenes Recht erwirbt. Die Arbeitsleistung soll in erster Linie der Betriebskrankenkasse zugute kommen ²⁾. Wenn die Arbeitnehmer in der Betriebskrankenkasse tätig werden, helfen sie mit, deren Aufgaben und nicht die des Unternehmers zu erfüllen.

Der Unternehmer profitiert nur indirekt von der Arbeitsleistung des Betriebskrankenkassenpersonals. Er hat bei effizienter Betriebskrankenkassenverwaltung geringere Krankenversicherungsbeiträge zu zahlen, als er es bei anderen gesetzlichen Krankenkassen müßte ³⁾. Bei guter Arbeitsleistung ist ferner die Gefahr geringer, daß der Unternehmer mit seinem Vermögen für Fehlbeträge nach §§ 296 II; 304 oder 390, 2 RVO haften muß. Diese für den Unternehmer positiven Auswirkungen sind aber nachrangig. Im Vordergrund steht die Arbeitsleistung zugunsten der Betriebskrankenkasse.

1) Vgl. Palandt/Heinrichs, § 328 BGB Anm. 2 a.

2) Krauskopf, § 362 RVO Anm. 2. .

3) Mit einem Beitragssatz von durchschnittlich 10,6 % im Jahre 1977, vgl. BKK 1978, 251, liegen die Betriebskrankenkassen um 7 % unter dem durchschnittlichen Beitragsniveau anderer Kassen-

Die Arbeitsverträge zwischen dem Unternehmer und den Betriebskrankenkassenbeschäftigten sind echte Verträge zugunsten Dritter i. S. des § 328 I BGB ¹⁾. Mit dem Vertrag zugunsten Dritter bietet das Gesetz gerade die Möglichkeit, der Betriebskrankenkasse direkt einen Anspruch auf Arbeitsleistung zu geben, ohne daß dieser zunächst in der Person des Unternehmers entstehen und dann übertragen werden müßte ²⁾.

b) Mit der Feststellung, daß der Unternehmer mit den für die Betriebskrankenkasse zu bestellenden Arbeitnehmer echte Verträge zugunsten Dritter schließt, ist noch nichts über die Begründung einer Arbeitgeberstellung seitens der Betriebskrankenkasse gesagt.

(1) Dadurch daß sie ein selbständiges und einklagbares Forderungsrecht besitzt, ist die Betriebskrankenkasse zwar am Vertrag beteiligt; es liegt aber kein Vertragsbeitritt vor ³⁾. Für die Betriebskrankenkasse besteht nur ein aus dem Arbeitsvertrag abgespaltenes Forderungsrecht ⁴⁾, das auch vom Unternehmer als Versprechungsempfänger geltend gemacht werden kann, § 335 BGB.

Die Betriebskrankenkasse hat ein Zurückweisungsrecht, § 333 BGB; eine Zustimmung zum Rechtsverwerb ist - anders als beim Vertragsbeitritt - nicht erforderlich.

(2) Zwar wird der Arbeitnehmer aus § 328 I BGB verpflichtet, seine Arbeitsleistung

arten von 11,4 % des beitragspflichtigen Einkommens, vgl. die Grafik in der Wochenzeitschrift "Die Zeit" vom 22. Dezember 1978, S. 22.

1) Ebenso Reichsversicherungsamt, AN 1916, 377; Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1974, 374; Gattner, WzS 1973, 34; Kräuskopf, § 362 RVO Anm. 2; Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil II, § 362 RVO Anm. 2.

2) Vgl. Palandt/Heinrichs, Einf. 3 vor § 328 BGB.

3) Vgl. BGH DNotZ 1970, 240.

der Betriebskrankenkasse zu erbringen; daraus können auch Nebenpflichten folgen ¹⁾. Jedoch kann kein Vertragsverhältnis entstehen ²⁾. Dieses wäre aber notwendig Voraussetzung für die Begründung einer Arbeitgeberstellung seitens der Betriebskrankenkasse ³⁾.

(3) Außerdem ist nur ein Recht des Arbeitgebers zugunsten der Betriebskrankenkasse entstanden. Andere Rechte, (wie z. B. das Kündigungsrecht) stehen nach wie vor dem Unternehmer zu.

(4) Vor allem hat die Betriebskrankenkasse keine arbeitsrechtlichen Verpflichtungen übernommen. Die Rechtsstellung des Arbeitgebers ist auch eine Schuldnerstellung. So treffen den Arbeitgeber neben der Lohnzahlungspflicht auch Sorgfalts-, Aufklärungs-, Auskunfts- und Fürsorgepflichten ⁴⁾.

Diese Pflichten können durch einen Vertrag zugunsten Dritter in der Person des Dritten nicht entstehen. Verträge zu Lasten Dritter, durch die der Dritte unmittelbar verpflichtet wird, sind rechtlich nicht zulässig ⁵⁾.

Die Arbeitsverträge zwischen dem Unternehmer und dem Betriebskrankenkassenpersonal sind also echte Verträge zugunsten Dritter i. S. des § 328 I BGB, die aber keine Arbeitgeberstellung der Betriebskrankenkasse begründen.

4) BGHZ 54, 145, 147.

1) Vgl. Heinrich Lange, NJW 1965, 660.

2) Palandt/Heinrichs, Einf. 2 c vor § 328 BGB.

3) Nur wenn man auf den Arbeitsvertrag verzichtet, ist das Entstehen einer neuen Arbeitgeberstellung möglich, vgl. unten § 3 III 3.

4) Vgl. Zöllner, Arbeitsrecht, § 16.

5) Brox, AS RdNr. 32; vgl. die Ausnahme in § 1629 III 2 BGB.

III. Arbeitgebergemeinschaft

Nachdem eine Stellung der Betriebskrankenkasse als alleinige Arbeitgeberin oder als weitere Arbeitgeberin neben dem Unternehmer abgelehnt wurde, bleibt die Möglichkeit einer Arbeitgebergemeinschaft.

Die Form einer Personalführungsgesellschaft ¹⁾ - wie bei den Gesamthafenbetrieben ²⁾ - kommt für die Betriebskrankenkasse und den Unternehmer nicht in Betracht. Die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten sollen auf Dauer dort arbeiten und nicht je nach Bedarf bei verschiedenen Unternehmen eingesetzt werden. Für eine Personalführungsgesellschaft gibt es weder eine entsprechende Vereinbarung, noch bildet § 362 I RVO die gesetzliche Grundlage.

Zu klären bleibt, ob durch die Aufteilung von Arbeitgeberfunktionen eine Arbeitgebergemeinschaft entsteht ³⁾.

1. Funktioneller Arbeitgeberbegriff

Der funktionelle Arbeitgeberbegriff geht davon aus, daß sich der Begriff des Arbeitgebers - anders als beim Arbeitnehmerbegriff - nicht notwendig mit einer bestimmten Person verbindet ⁴⁾. Mit ihm werden eine Reihe von Arbeitgeberfunktionen bezeichnet, die meist in einer Person vereinigt sind, die aber auch auf verschiedene Personen verteilt sein können ⁵⁾. Diese Personen sind Arbeitgeber ⁶⁾, und zwar jede für ihren Teil der Arbeitgeberfunktionen ⁷⁾. Dabei ist zu beachten, daß

1) Schaub, § 120 I 2.

2) § 1 I 1 des Gesetzes über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für Hafenarbeiter vom 03. August 1950 (BGBl. I S. 352).

3) Vgl. Müllner, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, S. 57 ff; Nikisch, I, § 17 II 1.

4) Nikisch, I, § 17 II 1.

5) Ebenda.

nur solche Personen Arbeitgeber sein können, denen die "oberste Befehlsgewalt" ¹⁾ im Betrieb zukommt, nicht aber solche, die ihrerseits der Befehlsgewalt eines anderen unterstellt sind ²⁾, wie z. B. der Werkmeister oder der Filialleiter.

Inzwischen ist der funktionelle Arbeitgeberbegriff über den Bereich eines Unternehmens hinaus ausgedehnt worden. So sollen z. B. für die zivilen deutschen Beschäftigten, die bei den ausländischen Streitkräften arbeiten ³⁾, die jeweiligen Streitkräfte und die Bundesrepublik Deutschland Arbeitgeber sein ⁴⁾.

Hierbei handelt es sich wegen der besonderen tatsächlichen Lage um einen Sonderfall.

Vom funktionellen Arbeitgeberbegriff zu unterscheiden ist die Delegation von Arbeitgeberfunktionen ⁵⁾, die keine Arbeitgeberstellung begründet.

-
- 6) Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, § 5 II 1; Nikisch, I, § 17 II 1; differenzierter Hueck/Nipperdey, I, § 15 II und Brox, Grundbegriffe des Arbeitsrechts, Rdnr. 10, die zwischen dem Arbeitgeber als Träger des Anspruchs auf Arbeitsleistung und dem Arbeitgeber als Träger der Befehlsgewalt unterscheiden.
- 7) Nikisch, I, § 17 II 1.
- 1) Hueck/Nipperdey, I, § 15 II.
- 2) Ebenda; Nikisch, I, § 17 II 1.
- 3) Grundlage dafür ist Art. 56 des Zusatzabkommens zum Nato-Truppenstatut vom 03. August 1959 (BGBI. 1961 II S. 1218), geändert durch Gesetz vom 03. August 1973 (BGBI. 1973 II S. 1021).
- 4) Rehinder, Die Rechtsnatur der Arbeitsverhältnisse deutscher Arbeitnehmer bei den ausländischen Streitkräften, S. 42; Nikisch, I, § 17 II 2; Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, § 5 II 3 a; BAG AP Nr. 6 zu Art. 44 Truppenvertrag; dagegen BAG AP Nr. 11 zu Art. 44 Truppenvertrag (nur die Streitkräfte sollen Arbeitgeber sein).
- 5) Nikisch, I, § 17 II 1.

2. Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen

Die Arbeitgeberfunktionen können insofern aufgeteilt sein, als der Betriebskrankenkasse das Direktionsrecht zusteht.

a) Das Direktions- oder Weisungsrecht ¹⁾ ist das Recht, die im Arbeitsvertrag, im Tarifvertrag, in der Dienstordnung oder in anderen Rechtsvorschriften nicht näher geregelten Einzelheiten des Arbeitsverhältnisses insoweit zu bestimmen, als dies zur konkreten Durchführung der Arbeitsleistung notwendig ist ²⁾. Das Direktionsrecht ist eingeschränkt, wenn die näheren Einzelheiten der Arbeitspflicht durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag festgelegt sind ³⁾. In diesem Sinne soll auch das Direktionsrecht im Arbeitsgesetzbuch geregelt werden ⁴⁾.

b) Das Direktionsrecht wird durch die §§ 35 I 1, 36 I SGB IV aufgeteilt. Danach verwaltet der Vorstand die Betriebskrankenkasse, und der Geschäftsführer führt die laufenden Verwaltungsgeschäfte, soweit durch Gesetz oder sonstiges für die Betriebskrankenkasse maßgebendes Recht nichts Abweichendes bestimmt ist. Die §§ 35 I 1, 36 I SGB IV gehören zu den Selbstverwaltungsvorschriften, die die innere Verfassung der Sozialversicherungsträger

-
- 1) Beide Begriffe sollen hier synonym verwendet werden; vgl. auch Brox, Grundbegriffe des Arbeitsrechts, Rdnr. 28; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, A II 2; Großmann/Schneider, Arbeitsrecht, Rdnr. 33.
 - 2) LAG Düsseldorf, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Direktionsrecht; vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 31 VI m.w.N..
 - 3) Vgl. BAG AP Nr. 2, 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Hueck/Nipperdey, I, § 25 VI.
 - 4) Vgl. § nach 26 des Entwurfs eines Arbeitsgesetzbuches-Allgemeines Arbeitsvertragsrecht- der Arbeitsgesetzbuchkommission: "Weisungsrecht des Arbeitgebers.
(1) Der Arbeitgeber kann nach billigem Ermessen

regeln ¹⁾. Sie legen die interne Aufgabenverteilung zwischen den Organen der Betriebskrankenkasse fest, wobei sie vom Normalfall ausgehen, daß die Sozialversicherungsträger auch Arbeitgeber ihrer Angestellten sind. Beim Führen der laufenden Verwaltungsgeschäfte wird der Geschäftsführer als Organ des Sozialversicherungsträgers tätig. Wenn er dabei die Arbeit auf seine Mitarbeiter verteilt, ihnen die Arbeitsplätze zuweist und sie anleitet, übt er das Direktionsrecht des Sozialversicherungsträgers aus.

c) Es fragt sich, was die Grundlage dieses Direktionsrechts ist. Wenn das Direktionsrecht auf vertraglicher Vereinbarung beruht, ergeben sich für seine Begründung bei den Sozialversicherungsträgern mit Personalhoheit keine Schwierigkeiten. Für die Betriebskrankenkassen müßte das Direktionsrecht allerdings aus dem Arbeitsvertrag zugunsten Dritten folgen.

Bevor dieser Frage nachgegangen werden kann, ist zu prüfen, ob außer dem Arbeitsvertrag noch andere Rechtsgrundlagen für das Direktionsrecht in Betracht kommen ²⁾.

Art, Ort, Zeit und Ausführungsweise der Arbeit bestimmen, soweit die gesetzlichen, kollektiven und einzelvertraglichen Regelungen ihm dafür Raum lassen.

(2) Der Arbeitgeber kann ferner Weisungen über die Ordnung des Betriebs und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb erteilen, soweit sie aus dem Betriebszweck, der Betriebsorganisation, der Arbeitsaufgabe des betroffenen Arbeitnehmers, dem Schutz und der Sicherheit des Betriebs oder der Personen und Sachen im Betrieb oder der Zusammenarbeit im Betrieb gerechtfertigt und dem Arbeitnehmer zumutbar sind".

- 1) Der Erste Titel im Dritten Abschnitt des SGB IV ist mit "Verfassung" überschrieben.
- 2) Diese Frage ist in der Literatur umstritten, und auch die Rechtsprechung vertritt keine einheitliche Linie, vgl. die Nachweise bei Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, § 2 VI 2.

(1) Eine Meinung ¹⁾ sieht im Direktionsrecht ein Gestaltungsrecht und leitet es aus § 315 BGB her ²⁾.

In den §§ 315 ff BGB geht es zwar auch um eine "Bestimmung", nämlich um die der Leistung selbst, § 315 BGB, oder um deren Umfang, § 316 BGB, aber nicht wie beim Direktionsrecht um die Ausgestaltung der Leistungsmodalitäten. § 315 I BGB setzt bereits die Einigung der Vertragsparteien darüber voraus, daß die Bestimmung der Leistung durch eine der Vertragsparteien erfolgen soll ³⁾. Ebenso muß bei § 316 BGB schon der Inhalt der Leistung vertraglich feststehen, damit ihr Umfang bestimmt werden kann.

§ 315 BGB ist somit nicht Rechtsgrundlage für das Direktionsrecht, und allein die Charakterisierung des Direktionsrechts als ausfüllendes ⁴⁾ Gestaltungsrecht sagt nichts über seinen Rechtsgrund aus.

(2) Teilweise wird das Wesen des Arbeitsverhältnisses ⁵⁾ oder das Gewohnheitsrecht ⁶⁾ als Rechtsgrund für das Direktionsrecht herangezogen. Diese Rechtskonstruktionen sind aber überflüssig, wenn man unmittelbar auf den Arbeitsvertrag zurückgreifen kann ⁷⁾.

-
- 1) Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, B I 6; Molitor, RdA 1959, 3; Ostheim, Die Weisung des Arbeitgebers als arbeitsrechtliches Problem, S. 37; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, S. 30; Zöllner, Arbeitsrecht, § 13 IV.
 - 2) Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, B I 6.
 - 3) Vgl. Palandt/Heinrichs, § 315 BGB Anm. 1; Böttner, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, S. 70; Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, § 3 I.
 - 4) Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, S. 28.
 - 5) Hueck/Nipperdey, I, § 25 VI; Nikisch, § 25 IV 1; Staudinger/Nipperdey/Mohnen/Neumann, Vorbem. 340 zu § 611 BGB.
 - 6) Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, § 2 VIII; Böker, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers, S. 103.

(3) Bei dem Direktionsrecht handelt es sich um eine von den Vertragsparteien gewollte Ergänzung des Arbeitsvertrages ¹⁾. Rechtsgrund ist der übereinstimmende Parteiwille.

Der Arbeitsvertrag ist im Unterschied zum sonstigen Dienstvertrag durch fremdbestimmte Arbeit gekennzeichnet ²⁾. Es ist in der Regel unmöglich, im Arbeitsvertrag die einzelnen Arbeitshandlungen genau festzulegen; die zu erbringende Arbeitsleistung bedarf der Konkretisierung ³⁾. Der Arbeitsvertrag ähnelt somit einem Vertrag, der auf eine Gattungsschuld gerichtet ist ⁴⁾. Die Bestimmung der Leistungsmodalitäten wird aber nicht durch den Schuldner, sondern durch den Gläubiger der Arbeitsleistung ⁵⁾ oder einen Dritten vorgenommen. Diese Möglichkeit folgt aus der Vertragsfreiheit ⁶⁾; die Vertragsparteien können schon im voraus vereinbaren, daß einseitige Vertragsergänzungen zulässig sind. Wenn die Parteien einen Arbeitsvertrag schließen, verlieren sie üblicherweise über die Einräumung

7) So sehen Böttner, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, S. 70; Großmann/Schneider, Arbeitsrecht, Rdnr. 33; Lieb, Arbeitsrecht, § 2 I 1, den Arbeitsvertrag als Rechtsgrundlage für das Direktionsrecht an.

1) Vgl. Palandt/Heinrichs, § 317 BGB Anm. 2.

2) Dietz/Richardi, § 4 BPersVG Rdnr. 32; Molitor, RdA 1959, 2.

3) Vgl. van Gelder, AuR 1978, 110; Hefermehl, BARbBl 1967, 313.

4) Vgl. Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, S. 45, unter Berufung auf die Lehre Hoenigers.

5) Die Konkretisierung durch den Gläubiger gibt es auch beim Werkvertrag, z. B. wenn der Besteller des Maßanzugs dem Schneider sagt, wie er den Anzug geschnitten haben möchte.

6) Palandt/Heinrichs, § 317 BGB Anm. 1.

des Direktionsrechts kein Wort ¹⁾. Deshalb braucht aber das Direktionsrecht nicht als stillschweigend vom Vertragswillen mitumfaßt angenommen zu werden ²⁾, sondern es reicht, wenn sich die Parteien bei Vertragsschluß darüber einig sind, daß der inhaltlich unzureichend bestimmte Arbeitsvertrag im Rahmen des rechtlich Zulässigen ergänzt werden kann.

(4) Daraus ergibt sich für das Direktionsrecht gegenüber den Betriebskrankenkassenbeschäftigten folgendes: Da diese Arbeitnehmer für die Betriebskrankenkasse arbeiten wollen und einen Vertrag zugunsten der Betriebskrankenkasse geschlossen haben, sind sie bereit, ihren Arbeitsvertrag auch durch die Betriebskrankenkasse ergänzen zu lassen. § 36 I SGB IV teilt deren Geschäftsführer das Direktionsrecht insoweit zu, als er es zum Führen der laufenden Verwaltungsgeschäfte braucht. Dabei handelt es sich vor allem um Art und Ausführungsweise der Arbeit.

Der Unternehmer, der zu einer Einflußnahme auf die Verwaltung der Betriebskrankenkasse nur über die paritätisch besetzten Selbstverwaltungsorgane befugt ist ³⁾, hat das Direktionsrecht hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb ⁴⁾. Ihm ist es unbenommen, im Einverständnis mit den Betriebskrankenkassenbeschäftigten der Betriebskrankenkasse die Vertragsergänzung auch insoweit zu überlassen.

1) Vgl. Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, § 2 VII 2 a.

2) So Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, S. 101; vgl. schon die generelle Kritik Goethes zur Auslegung stillschweigender Willenserklärungen: "Legt Ihr's nicht aus, so legt was unter" (Zahme Xenien II).

3) Vgl. BSGE 35, 121, 125; LAG Bremen, BB 1965, 205.

4) Dieses Direktionsrecht entspricht dem in Absatz (2) des § nach 26 Arbeitsgesetzbuchentwurf Genannten.

3. Rechtsfolgen der aufgeteilten Arbeitgeberfunktionen

Nach der Lehre vom funktionellen Arbeitgeberbegriff schafft die Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen zwei bzw. mehrere Arbeitgeber ¹⁾. Neben dem Betriebsinhaber soll auch derjenige Arbeitgeber sein, der die Leitungsmacht innehat ²⁾.

Auch die Rechtsprechung kommt teilweise zur Aufspaltung des Arbeitgeberbegriffs, indem sie für das Merkmal der persönlichen Anhängigkeit ³⁾ auf die Eingliederung in den Betrieb und/oder auf die Weisungsgebundenheit abstellt ⁴⁾. So folgert das BAG ⁵⁾ aus der Berechtigung eines Landwirts, den Arbeitnehmer eines Lohnunternehmens zu unmittelbar den Zwecken des landwirtschaftlichen Betriebes dienenden Arbeiten anweisen zu dürfen, daß der Landwirt diesem Arbeiter gegenüber im Rahmen des § 618 I BGB auch zu Schutzmaßnahmen und damit zur Fürsorge verpflichtet ist ⁶⁾. Die Schlußfolgerung vom Direktionsrecht zur Annahme einer Arbeitgeberstellung wird nur verständlich, wenn man die Entscheidung hinzunimmt, auf die das BAG verweist ⁷⁾.

1) Nikisch, I, § 17 II 1; Hueck/Nipperdey, I, § 15 II; Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, § 5 II 1.

2) Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, § 5 II 1 a. E. .

3) Dieses Merkmal hat sowohl für das Arbeitsrecht (Bestimmung des Arbeitsverhältnisses) als auch für das Sozialrecht (Bestimmung des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses) Bedeutung.

4) Vgl. BSGE 16, 289, 294; BAG AP Nr. 5, 7 zu § 637 RVO.

5) Zitiert bei Etzel, BlStSozArbR 1978, 292.

6) Ebenda.

7) BAGE 25, 514, 522 = AP Nr. 7 zu § 637 RVO; dort war ein Baggerführer zusammen mit dem von ihm zu bedienenden Bagger als echter Leiharbeiter von seinem Arbeitgeber einem anderen Unternehmer, der auch das Weisungsrecht hatte, zu vorübergehenden Ausführung von Baggerarbeiten überlassen worden; dabei hatte der Baggerführer den Arbeitsunfall eines Arbeitnehmers des anderen Betriebs verursacht.

Der Zwischenschritt ist nämlich die Eingliederung ¹⁾. Sie setzt voraus, "daß eine persönliche Abhängigkeit, eine Weisungsbefugnis und eine arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht bestehen" ²⁾, wobei wiederum die letzten beiden Kriterien Voraussetzungen für die persönliche Abhängigkeit sein sollen ³⁾. Fraglich ist, ob diesen Auffassungen zur Begründung einer weiteren Arbeitgeberstellung für das Verhältnis zwischen Unternehmer, Betriebskrankenkasse und den in ihr Beschäftigten gefolgt werden kann.

a) Lay ⁴⁾ widerspricht mit folgenden Argumenten:

(1) Da die Betriebskrankenkasse eine juristische Person sei und auch nach dem funktionellen Arbeitgeberbegriff keine "Befehlsgewalt" innehaben könne, scheide sie als zweiter Arbeitgeber aus ⁵⁾.

Lay übersieht dabei, daß der funktionelle Arbeitgeberbegriff über die Unterscheidung "abstrakter" Arbeitgeber (juristische Person) und "konkreter" Arbeitgeber (natürliche Person) hinausgeht und auch zwei oder mehrere juristische Personen umfassen kann ⁶⁾.

5) Zitiert bei Etzel, BlStSozArbR 1978, 292.

6) Ebenda.

1) Vgl. BAG AP Nr. 7 zu § 637 RVO.

2) BAG AP Nr. 5 zu § 637 RVO; für Grenzfälle auf entweder Weisungsgebundenheit oder Eingliederung erweitert in BSGE 16, 289, 294.

3) BAG AP Nr. 7 zu § 637 RVO, Leitsatz 2.

4) BKK 1978, 2 ff.

5) Lay, BKK 1978, 7.

6) Vgl. oben § 3 III 1.

(2) Bei der Ausübung arbeitsrechtlicher Pflichten und Rechte durch den Geschäftsführer und den Vorstand der Betriebskrankenkasse handele es sich "nur um eine solche abgeleiteten Rechts" ¹⁾. Das Direktionsrecht als Arbeitgeberfunktion werde durch die §§ 35 I 1, 36 I SGB IV nicht der Betriebskrankenkasse, sondern nur deren Geschäftsführer und Vorstand zugewiesen ²⁾.

Weder § 35 I 1 SGB IV noch § 36 I SGB IV ordnen eine gesetzliche Übertragung des Direktionsrechts vom Unternehmer auf ein Organ der Betriebskrankenkasse an. Diese Selbstverwaltungsvorschriften stellen keine Legalzession und auch keine gesetzliche Ermächtigung dar. Ihre Funktion erschöpft sich in der internen Aufgabenverteilung zwischen den Organen der Betriebskrankenkasse ³⁾. Der Argumentation Lays kann nicht gefolgt werden.

b) Aus anderen Gründen läßt sich von dem Direktionsrecht keine Arbeitgeberstellung ableiten.

(1) Machte man mit dieser Ableitung ernst, wären bei einer durch (Beherrschungs-) Vertrag beherrschten Aktiengesellschaft, §§ 291 I, 308 ff AktG, nicht deren Vorstandsmitglieder als konkrete Prinzipale, sondern die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens ⁴⁾

1) Lay, BKK 1978, 10.

2) Lay, BKK 1978, 10 f.

3) Vgl. oben § 3 III 2 b.

4) Vgl. § 309 I AktG.

Arbeitgeber, da der Vorstand des beherrsch-
ten Unternehmens weisungsgebunden ist, § 308
II 1 AktG. Dieser hätte dann nicht mehr die
"oberste Befehlsgewalt" ¹⁾ im Unternehmen.

(2) Das Direktionsrecht und mit ihm der
funktionelle Arbeitgeberbegriff werden für die
Begründung einer Arbeitgeberstellung auch dort
unbrauchbar, wo auf die Tätigkeit des Arbeit-
nehmers wegen Mangel an Fachkenntnis oder
wegen rechtlicher Vorschriften kaum Einfluß
genommen werden kann ²⁾.

So kann z. B. einem Professor, der von einem
Unternehmen für Forschungsarbeiten angestellt
ist, nur ein Rahmen gesteckt werden, in dem
die Zielrichtung (z. B. neues Antibiotikum)
und die Mittel (wie Mitarbeiter, Laborräume,
Geld) vorgegeben werden. Genaue Weisungen für
die Art und Ausführung seiner Arbeit sind
nicht möglich.

Auch ein Schiffskapitän ist nicht Arbeitgeber,
obwohl er die Anordnungsbefugnis (Schiffsgewalt)
an Bord hat, vgl. § 106 I Seemannsgesetz;
Arbeitgeber ist allein der Reeder als Partei
des Heuerverhältnisses, vgl. §§ 23 ff Seemanns-
gesetz.

(3) Der funktionelle Arbeitgeberbegriff
vermag nicht zu erklären, wann und unter
welchen Umständen eine Aufteilung der Arbeitge-
berfunktionen zur Begründung einer Arbeitgeber-

1) Hueck/Nipperdey, I, § 15 II; vgl. oben § 3 III

2) 1.
Vgl. Herschel, Freier Beruf und Arbeitsver-
hältnis, S. 30 f; Tomandl, Wesensmerkmale
des Arbeitsvertrages, V 2 G.

stellung führt ¹⁾. Dies liegt daran, daß nicht klar zwischen Begründung einerseits und Aufteilung andererseits unterschieden wird. Wer auf den Arbeitsvertrag als Kriterium für die Bestimmung des Arbeitgebers verzichtet, gerät leicht in das Fahrwasser der inzwischen überwundenen Eingliederungstheorie. Dies zeigt sich insbesondere bei der Rechtsprechung zu §§ 636 f RVO. Dort werden die Begriffe "persönliche Abhängigkeit", "Weisungsberechtigung", "Gehorsamspflicht", "Fürsorgepflicht" je nach dem gewünschten Ergebnis zur Feststellung einer Eingliederung herangezogen ²⁾, wobei nach wie vor unklar bleibt, was mit "Eingliederung" genau gemeint ist ³⁾. Wenn auch das von der Rechtsprechung verfolgte Ziel, nämlich dem schädigenden Arbeitnehmer das Haftungsprivileg des § 637 I RVO zu gewähren, billigenswert erscheint, so doch nicht der gewählte rechtliche Weg ⁴⁾.

Sieht man im Arbeitgeber diejenige Partei, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag schließt ⁵⁾, und faßt man das Direktionsrecht als Vertragsergänzung des inhaltlich unzureichend bestimmten Arbeitsvertrages auf ⁶⁾,

-
- 1) Vgl. Fabricius, Gesellschaftsrechtliche Unternehmensverbindungen und Arbeitgeberbegriff in der betrieblichen Krankenversicherung, S. 61; die Vorstellung, daß eine Rechtsstellung allein kraft Funktion begründet wird, ist unserer Zivilrechtsordnung fremd, vgl. Müllner, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, S. 58.
 - 2) Vgl. BAG AP Nr. 5 einerseits und Nr. 7 andererseits zu § 637 RVO.
 - 3) Vgl. Weitnauer, Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 637 RVO.
 - 4) Ebenso Weitnauer, Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 637 RVO.
 - 5) So oben Erster Abschnitt vor § 2.
 - 6) So oben § 3 III 2 c (3).

bedarf es keiner dogmatischen Anstrengungen mehr, um das der Betriebskrankenkasse zustehende Direktionsrecht zu erklären, ohne daraus eine Frage der Arbeitgeberstellung zu machen.

Die Ausübung eines Teils des Direktionsrechts macht die Betriebskrankenkasse also nicht zum Arbeitgeber. Es liegt keine Arbeitgebergemeinschaft vor.

Zweiter Abschnitt:

=====

Die kollektivrechtliche Stellung der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten

§ 4 Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung

Die Betriebskrankenkassen gehören zu Unternehmen oder Verwaltungen, die von der Personalgröße her die Voraussetzungen der §§ 1,7,8 BetrVG bzw. §§ 1, 95 I BPersVG erfüllen ¹⁾.

Bei den öffentlichen Verwaltungen werden die Interessen der Betriebskrankenkassenbeschäftigten von dem Personalrat ihrer Dienststelle vertreten. Ist die Betriebskrankenkasse räumlich weit von der Dienststelle entfernt, gilt sie selbst als Dienststelle, wenn die Mehrheit ihrer wahlberechtigten Beschäftigten dies in geheimer Abstimmung beschließt ²⁾.

Dann hat die Betriebskrankenkasse das Recht auf einen eigenen Personalrat.

Ebenfalls unproblematisch ist die Rechtslage bei den Eigenbetrieben der Betriebskrankenkasse wie z. B. bei Ambulatorien oder Sanatorien. Als Betriebe nicht bundesunmittelbarer Körperschaften i. S. des § 95 I,1. Halbs. BPersVG werden in ihnen Personalvertretungen gebildet.

Wenn die Betriebskrankenkassen in eigener Regie Krankenschwestern, § 185 a RVO, und Haushaltshilfen, § 376 b RVO, einstellen,

- 1) So erfordert § 245 I RVO als Voraussetzung für die Errichtung einer Betriebskrankenkasse Betriebe mit regelmäßig mindestens 450 versicherungspflichtigen Beschäftigten.
- 2) Vgl. § 6 III 1 BPersVG und die entsprechenden Ländervorschriften; stellvertretend für sie

haben diese grundsätzlich das Recht auf einen Personalrat; die praktische Bedeutung dieses Rechts ist aber gering, da der berechnigte Personenkreis zu oft wechselt, um passiv wahlberechnigt zu sein ¹⁾.

Bei den Betriebskrankenkassen der privaten Unternehmen ist die rechtliche Beurteilung schwieriger. Da die Betriebskrankenkassen Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, muß geklärt werden, ob bei ihnen Personalräte zu bilden sind oder ob sie unter § 1 BetrVG fallen und eigene Betriebsräte haben können. Weiter ist zu prüfen, ob ggf. ein "Gesamtbetriebspersonalrat" oder ein Gesamtbetriebsrat, § 47 I BetrVG, zu errichten ist.

I. Personalrat bei den Betriebskrankenkassen der privaten Unternehmen

1. Abgrenzung nach der formellen Rechtsnatur

Die Abgrenzung zwischen den Regelungsreichen Personalvertretung und Betriebsverfassung erfolgt nach § 130 BetrVG. § 130 BetrVG schließt die Anwendung des BetrVG auf Verwaltungen und Betriebe einer Körperschaft des öffentlichen Rechts aus. Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des BAG ²⁾ allein auf die formelle Rechtsform des Betriebes oder der Verwaltung an.

Nach dieser Auffassung ergibt sich für die Betriebskrankenkasse eines privaten Unternehmens folgendes Bild.

wird im folgenden von den Regelungen des LPVG NW ausgegangen.

- 1) Vgl. § 14 I Nr. 2 BPersVG: "... seit einem Jahr ... beschäftigt sind."
- 2) BAGE 19, 307, 309 = AP Nr. 3 zu § 63 BetrVG 1952; bestätigt durch BAG AP Nr. 1 zu § 130 BetrVG; der Rechtsprechung folgend Fitting/Auffarth/Kaiser, § 130 BetrVG Rdnr. 4.

2. Betriebskrankenkasse als Dienststelle

Die Betriebskrankenkasse ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, § 29 I SGB IV, deren vertretungsberechtigte Organe - Vorstand und Geschäftsführer, §§ 35 I 1, 36 I SGB IV, - die Eigenschaft einer Behörde haben, § 31 III 1 SGB IV.

a) Da Dienststellen i. S. der Personalvertretungsgesetze auch die einzelnen Behörden sind, § 6 I BPersVG, § 7 I LPVG NW, liegt der Schluß nahe, Vorstand und Geschäftsführer der Betriebskrankenkasse jeweils als Dienststelle anzusehen. Daß dies nicht richtig sein kann, ergibt sich aus den Regelungen über den Dienststellenleiter; dies ist bei den Sozialversicherungsträgern der Vorstand, soweit ihm die Entscheidungsbefugnis vorbehalten ist, § 88 Nr. 2 BPersVG, § 8 II 1 LPVG NW. Da eine Identität zwischen Dienststelle und ihrem Leiter wenig sinnvoll wäre ¹⁾, ist Dienststelle i. S. der Personalvertretungsgesetze nur die Betriebskrankenkasse als solche; bei ihr wird der Personalrat gebildet.

b) Bedenken gegen einen Personalrat bei Betriebskrankenkassen privater Unternehmen können sich aus dem Umstand ergeben, daß zwischen den Betriebskrankenkassen und den in ihnen Beschäftigten keine Arbeitsverträge geschlossen werden. Damit steht deren Zugehörigkeit zur Dienststelle in Zweifel. Die Zugehörigkeit ist durch das Beschäftigungsverhältnis gekennzeichnet. Während das Personalvertretungsgesetz vom 05. August 1955 ²⁾ noch von "Be-

1) Der Gesetzgeber hat bei der Konzipierung des § 31 III 1 SGB IV augenscheinlich nicht an das Personalvertretungsrecht gedacht.

2) BGBI. I S. 477.

diensteten" ¹⁾ sprach, ist dieser Ausdruck durch "Beschäftigte", § 4 BPersVG, ersetzt worden, ohne daß sich sachlich etwas ändern sollte ²⁾.

Die Rechtsprechung ³⁾ und ihr folgend die h. M. ⁴⁾ stellen für die Zugehörigkeit auf das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis ab. Hier soll also im Gegensatz zur Abgrenzung zwischen Personalvertretungs- und Betriebsverfassungsrecht nicht die formale juristische Beziehung, sondern die tatsächliche arbeitsmäßige Eingliederung entscheidend sein ⁵⁾. Damit kann man unmittelbar die Zugehörigkeit der in Betriebskrankenkassen Beschäftigten zur Betriebskrankenkasse als Dienststelle begründen. Sie haben dann grundsätzlich das aktive und passive Wahlrecht zum Personalrat.

3. Bildung eines Gesamtbetriebspersonalrats

Wird in Privatunternehmen mit einem oder mehreren Betrieben bei der Betriebskrankenkasse ein Personalrat gewählt, stellt sich die Frage, wie dessen Verhältnis zum Betriebsrat und zum möglicherweise schon gebildeten Gesamtbetriebsrat ist.

- 1) Vgl. § 3 I PersVG.
- 2) Vgl. Lorenzen/Eckstein, § 4 BPersVG Rdnr. 2.
- 3) BVerwGE 7, 331 und auf sie verweisend BVerwGE 9, 213, 215; 28, 282, 284; OVG Münster, ZBR 1960, 334.
- 4) Molitor, § 3 PersVG Rdnr. 7; Grabendorff/Windscheid, § 4 BPersVG Rdnr. 4; Engelhard/Ballerstedt, § 9 PersVG Nds, Rdnr. 10; Havers, § 5 LPVG NW, Erl. 4; Kuhn/Sabottig/Schneider/Thiel/Wehner, § 4 BPersVG Rdnr. 2; a.A. Dietz, § 3 PersVG Rdnr. 8, dessen Auffassung Richardi in der 2. Aufl., Dietz/Richardi, § 4 BPersVG Rdnr. 42, stillschweigend zum Teil aufgibt. "Wird ein Leiharbeitnehmer der Dienststelle länger als drei Monate überlassen ..., so kann man davon ausgehen, daß der Leiharbeitnehmer in die Dienststelle eingegliedert ist". Allerdings wird auch nach Richardi, das Arbeitsverhältnis durch einen Arbeitsvertrag begründet, Dietz/Richardi, § 4 BPersVG Rdnr. 51.

a) Denkbar ist ein Gesamtbetriebspersonalrat, der sich aus Mitgliedern des Personalrats und des Betriebsrats zusammensetzt. Aber schon bei seiner Bildung ergäben sich Schwierigkeiten, z. B. ob er wie ein Gesamtpersonalrat durch die gesamte Belegschaft gewählt werden sollte ¹⁾ oder ob seine Mitglieder durch den Personalrat und den Gesamtbetriebsrat (oder die einzelnen Betriebsräte) entsendet werden sollten ²⁾. Dieselbe Problematik würde bei den Jugendvertretungen auftauchen ³⁾.

b) Nun hat der Gesetzgeber im Personalvertretungsrecht die Bildung eines Gesamtpersonalrats für die Fälle geregelt, in denen Nebenstellen oder Teile einer Dienststelle räumlich weit von dieser entfernt liegen ⁴⁾ oder zu selbständigen Dienststellen erklärt wurden ⁵⁾. An das Zusammentreffen von Personalrat und Betriebsrat ist augenscheinlich ebensowenig wie im Betriebsverfassungsrecht gedacht worden. § 47 I BetrVG spricht nur von Betriebs-, nicht von Personalräten.

Zwar läßt § 3 BetrVG die Regelung zusätzlicher und anderer Arbeitnehmervertretungen durch zustimmungsbedürftige Tarifverträge zu. § 3 I Nr. 1 BetrVG stellt aber auf Vertretungen für Arbeitnehmer bestimmter Beschäftigungsarten oder Arbeitsbereiche ab, während im Gesamtbetriebspersonalrat die gesamte Unternehmensbelegschaft repräsentiert sein sollte.

5) BVerwGE 7, 331, 333.

1) Vgl. §§ 56, 53 III 1, 19 BPersVG; §§ 53, 50 III 1, 16 LPVG NW.

2) Vgl. § 47 II, V, VI BetrVG.

3) Vgl. § 72 II, V, VI BetrVG; §§ 64 II, I 2, 53 III 1, 19 BPersVG; §§ 60 II, I, 2, 3; 50 III 1, 16 LPVG NW.

4) Vgl. §§ 55, 6 III 1 BPersVG.

5) Vgl. §§ 52, 7 II LPVG NW.

Für § 3 I Nr. 2 BetrVG fehlt es an zwei Merkmalen. Einmal handelt es sich nicht um die Errichtung einer "anderen", sondern einer zusätzlichen Arbeitnehmervertretung; zweitens entstehen bei der Betriebsratsbildung keine Schwierigkeiten aus der besonderen Eigenart der hier in Frage stehenden privaten Unternehmen.

Die Vorschriften über die Organisation der Arbeitnehmervertretungen sind keiner Abänderung zugänglich, soweit das Gesetz keine abweichenden Regelungen zuläßt ¹⁾. Die Möglichkeit, einen Gesamtbetriebspersonalrat durch Tarifvertrag oder Dienstvereinbarung zu schaffen, ist gesetzlich ausgeschlossen ²⁾.

4. Wahlrecht zum Betriebsrat

a) Dadurch daß es kein Gesamtvertretungsorgan für die gesamte Unternehmensbelegschaft gibt, werden die Beschäftigten, die bei der Betriebskrankenkasse arbeiten, nicht in Angelegenheiten vertreten, für die der Unternehmer als Arbeitgeber zuständig ist. Hierbei handelt es sich insbesondere um Probleme im Zusammenhang mit der Arbeitssicherheit ³⁾ und mit dem Arbeitsverhältnis. So ist z. B. fraglich, ob der Unternehmer, der einem Beschäftigten in der Betriebskrankenkasse kündigen will, den Betriebsrat nach § 102 I 1 BetrVG hören muß, obwohl der Betriebsrat den Betriebskrankenkassenbeschäftigten nicht vertritt und im

1) Vgl. Dietz/Richardi, § 3 BetrVG Rdnr. 1; Erdmann/Jürging/Kammann, § 3 BetrVG Rdnr. 1; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 3 BetrVG Rdnr. 1; Galperin/Löwisch, § 3 BetrVG Rdnr. 1; Steger/Weinspach, Erl. 3.6. .

2) Vgl. § 3 BPersVG, § 4 LPG NW.

3) Vgl. § 1 Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit vom 12. Dezember 1973 (BGBl. I S. 1885); § 3 I Verordnung über Arbeitsstätten vom 20. März 1975 (BGBl. I S. 729).

Zweifel auch mangels Sachnähe nicht beurteilen kann, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht. In Betracht kommt auch eine Beteiligung des Personalrats ¹⁾. Dagegen spricht allerdings, daß dessen Partner ²⁾ die Dienststelle, also die Betriebskrankenkasse, und nicht der Arbeitgeber ist.

Sieht man zur Lösung dieser Probleme auch den Unternehmer als Ansprechpartner des Personalrats an ³⁾, ergeben sich Zuständigkeitsprobleme zwischen Personalrat und Betriebsrat, die am besten durch einen Gesamtbetriebspersonalrat zu lösen wären, wenn er zulässig wäre.

b) Um aus diesem Dilemma herauszukommen, sollen die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten neben ihrem Wahlrecht zum Personalrat ein Wahlrecht zum Betriebsrat des Unternehmens haben ⁴⁾; dieses soll auch das passive Wahlrecht mitumfassen ⁵⁾. Zur Begründung geben Fertsch/Rubner/Scholz an, daß die Betriebs-

1) Vgl. § 79 I 1 BPersVG; § 72 I Nr. 8 LPVG NW.

2) Havers, § 1 LPVG NW Erl. 31.

3) So Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 342.

4) Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1975, 11; Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 343 mit irreführendem Zitat auf Fitting/Auffarth/Kaiser, § 5 BetrVG Rdnr. 7; dort werden für das echte Leiharbeitsverhältnis ein aktives und passives Wahlrecht der Leiharbeitnehmer zu beiden Betrieben unter Berufung auf Heinze, ZfA 1976, 211, bejaht; Heinze nimmt aber einen Vertragsbeitritt des Entleiher zum Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Verleiher an, ZfA 1976, 213, so daß der Entleiher - anders als die Betriebskrankenkasse - auch Arbeitgeberpflichten übernimmt.

5) Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1975, 11, die in einem Beispiel davon ausgehen, daß Vorstandsmitglieder der Betriebskrankenkasse zugleich Betriebsratsmitglieder im Unternehmen sind.

krankenkassenbeschäftigten als Arbeitnehmer des Unternehmers für die bei diesem verbleibenden Arbeitgeberfunktionen schutzwürdige Interessen besitzen ¹⁾).

Letzteres ist sicher richtig, nur muß bezweifelt werden, ob dies zur Begründung einer Betriebszugehörigkeit ausreicht, die nach §§ 7, 8 BetrVG Voraussetzung für das Wahlrecht ist. Das Kriterium der tatsächlichen arbeitsmäßigen Eingliederung ²⁾ würde damit aufgeben. Außerdem sind die Grenzen der "schutzwürdigen Interessen" zu unbestimmt und auch zur Abgrenzung ungeeignet, da dann in einem Unternehmen mit mehreren Betrieben letzten Endes jeder Arbeitnehmer zu jedem Betrieb gehören könnte.

Weder der vorgeschlagene Weg, auf dem die Betriebskrankenkassenbeschäftigten ein Wahlrecht zum Unternehmensbetriebsrat erhalten sollen, noch seine Begründung können überzeugen.

1) WzS, 1975, 11; ohne Begründung Volmer, der ausdrücklich die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten als Arbeitnehmer der Betriebskrankenkasse gelten läßt, Festschrift f. Schieckel, S. 343.

2) Vgl. oben § 4 I 2 b.

II. Betriebsrat bei den Betriebskrankenkassen privater Unternehmen

1. Abgrenzung nach der formellen Rechtsnatur des Inhabers

Wenn die Bereiche Personalvertretung und Betriebsverfassung nach der formellen Rechtsnatur des Betriebsinhabers abgegrenzt werden ¹⁾, scheint auf den ersten Blick kein Unterschied zur Abgrenzung nach der formellen Rechtsform des Betriebes vorzuliegen ²⁾, wie das BAG sie vornimmt ³⁾. Führt eine Aktiengesellschaft einen Betrieb, so ist sie auch Inhaber des Betriebes; führt eine Körperschaft des öffentlichen Rechts einen Eigenbetrieb, so ist sie auch sein Inhaber. Die Rechtsform des Betriebes und die Rechtsform des Betriebsinhabers sind meist identisch.

Bei der Betriebskrankenkasse eines privaten Unternehmens können sie jedoch voneinander abweichen, wenn der Unternehmer Inhaber der Betriebskrankenkasse ist. Dies ist nicht so zu verstehen, daß dem Unternehmer die Betriebskrankenkasse "gehört" i. S. von zu Eigentum zusteht; denn eine Person kann nicht Eigentümer einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft sein, selbst wenn sie bei der Errichtung mitwirkt ⁴⁾.

- 1) So Dietz/Richardi, § 130 BetrVG Rdnr. 2,4; Fabricius in Gemeinschaftskommentar, § 130 BetrVG Rdnr. 2; Lay, BKK 1978, 14; widersprüchlich Galperin/Löwisch, § 130 BetrVG Rdnr. 2: "Entscheidend für diese Abgrenzung der Geltungsbereiche ist allein die Rechtsform des Betriebes. Alle Betriebe, deren Inhaber eine (natürliche oder juristische) Person oder Gesellschaft des Privatrechts ist, fallen unter das BetrVG".
- 2) So hält Lay, BKK 1978, 14, die Formulierungen des BAG für "mißverständlich", da sie "nicht ausdrücklich berücksichtigen, daß der "Betrieb" selbst mangels eigener Rechtspersönlichkeit gar keine eigene Rechtsform haben kann". Wäre dem so, könnte z. B. eine Gesellschaft nicht in der Rechtsform der stillen Gesellschaft, § 335 HGB,

Vielmehr erstreckt sich die Inhaberschaft auf die sachlichen und immateriellen Betriebsmittel ¹⁾. Daher ist zu untersuchen, wer deren Inhaber ist.

a) Das Grundstück bzw. die Räumlichkeiten für die Betriebskrankenkasse stellt der Unternehmer zur Verfügung ²⁾. Nach dem Wortlaut des § 362 I RVO braucht er zwar nicht für den sachlichen Aufwand ³⁾, die Verwaltungskosten ⁴⁾, aufzukommen; in der Praxis werden aber die Verwaltungskosten fast gänzlich von dem Unternehmer übernommen ⁵⁾. Dies entspricht dem Sinn und Zweck des § 362 I RVO, der inhaltlich nichts an der im KVG getroffenen Regelung ändern sollte ⁶⁾; nach § 64 Nr. 3 KVG trug der Unternehmer die Kosten für die Rechnungs- und Kassenführung.

Der Unternehmer stellt auch das Personal. Er ist Arbeitgeber der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten und trägt die gesamten Personalkosten ⁷⁾.

existieren, da die stille Gesellschaft keine Rechtsfähigkeit besitzt (Paulick, Handbuch der stillen Gesellschaft, § 4 II 2). Lay wechselt "Rechtsform" mit "Rechtsfähigkeit".

3) Vgl. oben § 4 I 1.

4) § 245 RVO gibt dem Unternehmer das Errichtungsrecht. Hinzukommen muß aber die Genehmigung des Oberversicherungsamts, § 253 I RVO (in Nordrhein-Westfalen das Oberversicherungsamt in Essen, § 6 Gesetz zur Ausführung des SGG vom 03. September 1953, BGBl I.S. 1239) und eine vorherige Abstimmung nach § 225a RVO. Das Oberversicherungsamt bestimmt bei der Genehmigung der Betriebskrankenkassensatzung, wann die Betriebskrankenkasse ins Leben tritt, § 324 I 2 RVO.

1) Bobrowski/Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, K I 5.

2) Aye in Gesamtkommentar, § 362 RVO Anm. 2; Schulze-Lücke, Handbuch der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, B VII 5.2. a.E. .

3) Stier-Somlo, § 362 RVO Anm. 3.

4) Kräuskopf, § 362 RVO Anm. 3; vgl. auch § 363 RVO.

5) Vgl. Friede, BKK 1978, 190.

b) Die Betriebskrankenkasse ist nicht isoliert zu betrachten, sondern im Zusammenhang mit dem Unternehmen zu sehen. Sie geht auf die Initiative des Unternehmers zurück, § 245 RVO, und ist in das Unternehmen eingegliedert und nicht nur daran angegliedert ¹⁾. Veräußert z. B. der Unternehmer sein aus einem Betrieb mit Betriebskrankenkasse bestehendes Unternehmen, so tritt der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein, § 613 a I BGB. Der rechtliche Bestand der Betriebskrankenkasse bleibt unberührt ²⁾. Im Gegensatz zu den in ihr Beschäftigten ³⁾ kann sich die Betriebskrankenkasse dem Betriebsübergang nicht entziehen. Ein Schließungsgrund ist erst dann gegeben, wenn der Betrieb eingeht, für den sie errichtet wurde, § 273 I Nr. 1 RVO.

Bei der Auflösung einer Betriebskrankenkasse ist es der Unternehmer, der den entsprechenden Antrag stellen muß, § 272 RVO. Zusätzlich muß die Mehrheit der Versichertenvertreter in der Vertreterversammlung zustimmen, §§ 272, 345 III 1 RVO, bevor das Oberversicherungsamt

-
- 6) Vgl. die Begründung zu § 371 des Entwurfs einer RVO (dem späteren § 362 RVO) in den Anlagen zum Entwurf einer Reichsversicherungsordnung, S. 210.
- 7) Vgl. BSG BlStSozArbR 1978, 332.
- 1) So aber LAG Bremen, BB 1965, 205.
- 2) Dies gilt im Falle einer Betriebs(teils)veräußerung auch für eine Betriebskrankenkasse, die für mehrere Betriebe eines Unternehmens besteht, § 245 I 2 RVO, sofern weder der Veräußerer noch der Erwerber nach § 298 I Nr. 5 RVO das Ausscheiden von Kassenteilen beantragen, die den Mitgliederbestand auf Dauer unter 150 senken würden, vgl. BSGE 29, 21 ff. Sinkt der Mitgliederbestand unter 150, müßte die Betriebskrankenkasse geschlossen werden, § 274 Nr. 1 RVO.
- 3) Jeder einzelne Arbeitnehmer kann dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber widersprechen, vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 613 a BGB.

die Auflösung beschließen kann, § 280 RVO.

c) Aufgrund der geschilderten Stellung, die die RVO dem Unternehmer einräumt, ist er der Inhaber und Betreiber der Betriebskrankenkasse. Ohne seinen Willen entsteht keine Betriebskrankenkasse bzw. wird sie nicht aufgelöst. Er stellt die immateriellen und sachlichen Betriebsmittel. Auch wenn der Unternehmer nicht alle Betriebsanlagen zu Eigentum hat ¹⁾, ist dies unschädlich ²⁾. Entscheidend ist, daß er das Unternehmen betreibt und die Betriebskrankenkasse unter einer einheitlichen Organisation, dem Unternehmen, zusammengefaßt ist.

2. Betriebskrankenkasse als Betrieb

Mit der Feststellung, daß die Betriebskrankenkasse eines Privatunternehmens in dieses Unternehmen eingegliedert ist, ist noch nicht gesagt, in welcher Form die Eingliederung erfolgt ist.

Von der Organisationsform des Unternehmens ist die des Betriebes zu unterscheiden ³⁾. Diese Trennung bedeutet nicht, daß es sich soziologisch um verschiedene Organisationen handelt ⁴⁾. Wenn das Unternehmen nur einen Betrieb hat, sind beide identisch. Beim dezentralisierten Unternehmen bestehen Teilorganisationen, "die ihrerseits so verselbständigt sein können, daß die für die arbeitsrechtlichen Beziehungen maßgeblichen Entscheidungen in dieser Teilorganisation fallen" ⁵⁾.

-
- 1) Z. B. bei der Miete oder dem Leasing von Betriebsanlagen.
 - 2) Vgl. Dietz/Richardi, § 47 BetrVG Rdnr. 6, für die gleichgelagerte Problematik bei Identität des Inhabers von mehreren Betrieben.
 - 3) Vgl. Thomas Raiser, Das Unternehmen als Organisation, S. 123 ff.
 - 4) Dietz/Richardi, § 1 BetrVG Rdnr. 50.
 - 5) Ebenda.

Die Form der Eingliederung ins Unternehmen ist entscheidend dafür, ob die Betriebskrankenkasse einen Betriebsrat haben kann oder nicht. Ist die Betriebskrankenkasse ein (Neben-) Betrieb oder ein selbständiger Betriebsteil i. S. des § 4, 1 BetrVG und gehören ihr in der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer an, von denen drei wählbar sind, wird ein Betriebsrat gewählt, § 1 BetrVG. Kein eigener Betriebsrat ist möglich, wenn die Betriebskrankenkasse nur eine Betriebsabteilung oder ein unselbständiger Betriebsteil ist. Zu berücksichtigen ist, daß das Unternehmen einen Betrieb und eine Betriebskrankenkasse, mehrere Betriebe und eine Betriebskrankenkasse oder mehrere Betriebe und mehrere Betriebskrankenkassen haben kann. Der Unternehmer hat nämlich die Möglichkeit, entweder für jeden Betrieb oder für alle Betriebe eine Betriebskrankenkasse zu errichten, vgl. § 245 I 1, 2 RVO.

a) Nach Lay ¹⁾ bildet "der arbeitsrechtliche Bereich der in der Betriebskrankenkasse Tätigen" mit dem Hauptbetrieb einen einheitlichen Betrieb i. S. des BetrVG, so daß nur ein Betriebsrat gebildet wird, der die Interessen der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten mitvertritt. Danach ist die Betriebskrankenkasse eine unselbständige Betriebsabteilung ²⁾.

b) Der Unternehmer kann aber laut Lay "kraft seiner arbeitsrechtlichen Organisationsbefugnis gegen den durch § 362 RVO vorgezeichneten Grundsatz der Betriebseinheit eine Ent-

1) BKK 1978, 14.

2) So auch der Landesverband der Betriebskrankenkassen Bayerns im Rundschreiben vom 11. April 1972, auszugsweise abgedruckt bei Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1975, 11.

scheidung auch dahingehend treffen, daß infolge einer durch ihn herbeigeführten Verselbständigung der arbeitsrechtlichen Organisation bei den "Kassenorganen" (bzw. weiter räumlicher Entfernung) bei dem gegebenen eigenständigen arbeitstechnischen Zweck der arbeitsrechtliche Bereich der Betriebskrankenkasse - zu unterscheiden von den sozialversicherungsrechtlichen Aufgaben des Krankenversicherungsträgers - als Betriebsteil oder Nebenbetrieb im Sinne des § 4 BetrVG erscheint" ¹⁾. Bei dieser Konstellation ist dann ein eigener Betriebsrat der Betriebskrankenkasse möglich, § 4,1 i. V. m. § 1 BetrVG.

c) Das LAG Bremen ²⁾ sieht in der Betriebskrankenkasse "keine Abteilung des Betriebes, sondern eine eigenständige und mit eigener Rechtsform ausgestattete Einrichtung, die dem Betriebe lediglich angegliedert ist". Unter Berufung auf diese Entscheidung gehen Fertsch/Rubner/Scholz ³⁾ von einem selbständigen Betrieb aus. Es liege weder die Zugehörigkeit zu einem gemeinsamen Unternehmen noch die Identität der Betriebsinhaber vor ⁴⁾. Nach dem Rundschreiben des Landesverbandes der Betriebskrankenkassen in Bayern vom 11. April 1972 ⁵⁾ kann nur dann von einem selbständigen Betrieb gesprochen werden, "wenn Vorstand und/oder Geschäftsführer der Betriebskrankenkasse im

1) BKK 1978, 15.

2) BB 1965, 205.

3) WzS 1975, 11.

4) WzS 1975, 10.

5) Auszugsweise abgedruckt bei Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1975, 11.

Einzelfall nach der betrieblichen Organisation in personellen und sozialen Fragen selbständig sind und eine lebendige Betriebsgemeinschaft zwischen den Beschäftigten des Hauptbetriebes und der Kasse fehlt".

d) Um eine Einordnung der Betriebskrankenkasse vornehmen zu können, sind Betrieb, Betriebsteil und Betriebsabteilung voneinander abzugrenzen. Die Abgrenzung erfolgt nach organisatorischen Kriterien¹⁾.

(1) Die Betriebskrankenkasse könnte als Betrieb qualifiziert werden, wenn sie eine eigene, selbständige, in sich geschlossene Organisation zur Erreichung eines arbeits-technischen Zwecks wäre ²⁾. Es kommt auf die Stelle an, der die unternehmerische Entscheidungsbefugnis zugeordnet ist ³⁾. In der Regel wird sich die zentrale Betriebsleitung am Ort des Betriebes befinden ⁴⁾. Zur eigentlichen Betriebsleitung gehört im allgemeinen auch das Personalressort ⁵⁾. Der Betriebskrankenkasse ist aber gerade der Personalbereich entzogen; dieser wird von der Personalabteilung wahrgenommen. Je nach der Organisationsstruktur des Unter-

-
- 1) Dietz/Richardi, § 1 BetrVG Rdnr. 66 ff, § 4 BetrVG Rdnr. 10; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1 BetrVG Rdnr. 14, § 4 BetrVG Rdnr. 8; Galperin/Löwisch, § 1 BetrVG Rdnr. 5; § 4 BetrVG Rdnr. 10; Kraft in Gemeinschaftskommentar, § 4 BetrVG Rdnr. 9; a.A. Birk, AuR 1978, 228, der auf die adäquate betriebsverfassungsrechtliche Erfassung der Belegschaft abstellt.
 - 2) Dietz/Richardi, § 1 BetrVG Rdnr. 62.
 - 3) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1 BetrVG Rdnr. 14; vgl. BAG AuR 1978, 254, 2. Leitsatz.
 - 4) Vgl. BAG AuR 1978, 255.
 - 5) Vgl. Birk, AuR 1978, 230 FN 36.

nehmens ist die Personalabteilung bei den einzelnen Betrieben oder bei der Hauptverwaltung des Unternehmens angesiedelt, die selbst einen Betrieb darstellt, wenn sie in straffer Aufgabentrennung ausschließlich den Zwecken des Unternehmens dient ¹⁾. Die Betriebskrankenkasse gehört also zu dem Betrieb, von dem aus sie personal- und damit mitbestimmungsrechtlich, vgl. §§ 92 ff BetrVG, geleitet wird; sie selbst ist kein Betrieb.

(2) Sie ist auch kein Nebenbetrieb wie z. B. die Kokerei einer Bergwerksgesellschaft oder die Brennerei eines Gutshofs ²⁾. Nebenbetriebe sind Betriebe, die organisatorisch selbständig unter eigener Leitung einen eigenen Betriebszweck verfolgen, aber in ihrer Aufgabenstellung auf eine reine Hilfsleistung für den Hauptbetrieb ausgerichtet sind und den dort erstrebten Betriebszweck unterstützen ³⁾. Abgesehen von der fehlenden eigenen Leitung in Personalangelegenheiten ist die Betriebskrankenkasse auch nicht auf eine reine Hilfsleistung für den Hauptbetrieb angelegt ⁴⁾. Sie hat sicherzustellen, daß den in ihr versicherten Arbeitnehmern und deren Angehörigen im Krankheitsfalle die in § 21 SGB I aufgeführten Leistungen gewährt werden können. Ihr Ziel ist die Krankenfürsorge, nicht die möglichst schnelle Genesung der Versicherten, um dem Unternehmen die Arbeitskräfte wieder zuzuführen.

1) Vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1 BetrVG Rdnr. 15.

2) Hueck/Nipperdey, II/2, § 53 A I 2.

3) BAG AP Nr. 2 zu § 4 BetrVG, BAG AuR 1978, 255.

4) So auch Lay, BKK 1978, 12.

(3) Bevor geprüft werden kann, ob die Betriebskrankenkasse eines privaten Unternehmens nach § 4, 1 Nr. 2 i.V.m. § 1 BetrVG betriebsratsfähig ist ¹⁾, muß der Begriff "Betriebsteil" in § 4, 1 BetrVG geklärt werden. Das Gesetz definiert ihn nicht, und es ergibt sich ein Zirkelschluß ²⁾, wenn ein Betriebsteil, der als Teil eines Betriebes nicht eigenständig sein kann ³⁾, nach § 4, 1 Nr. 2 BetrVG eigenständig sein soll. Der Begriff "eigenständig" ist zu relativieren ⁴⁾. Ein Betriebsteil i.S. des § 4, 1 Nr. 2 BetrVG ist eine Betriebsabteilung mit eigenem Aufgabenbereich und eigenständiger Organisation, bei der die Organisation nicht so verselbständigt sein darf, daß sie den Betriebsteil zum Betrieb macht, also der Betriebsteil für sich allein bestehen könnte ⁵⁾.

Die Betriebskrankenkasse hat aufgrund der Selbstverwaltungsvorschriften, §§ 29 ff SGB IV, eine eigene Organisation, die sich aber nur auf ihre eigene Verwaltung bezieht. Insoweit ist die Betriebskrankenkasse personell und räumlich von den anderen Betriebsabteilungen abgrenzbar. Auch wenn z. B. Sekretärinnen oder Buchhalter für die Betriebskrankenkasse und für eine andere Betriebsabteilung arbeiten, lassen sie sich nach dem Schwerpunkt ihrer Tätigkeit einer Abteilung zuordnen. Eine darüber hinausgehende Verselbständigung der Organisation liegt, wie eben bei der Prüfung der Betriebseigenschaft festgestellt, nicht vor. Auch ist der Aufgabenbereich der Betriebskrankenkasse fast immer ⁶⁾

-
- 1) Eine Betriebskrankenkasse eines Privatunternehmens, die räumlich weit von dem Hauptbetrieb entfernt ist, § 4, 1 Nr. 1 BetrVG, dürfte praktisch ausgeschlossen sein.
 - 2) Vgl. Birk, AuR 1978, 231.
 - 3) So BAG AP Nr. 5 zu § 3 BetrVG 1952.
 - 4) Vgl. Birk, AuR 1978, 231.
 - 5) Vgl. Neumann-Duesberg, AR-Blattei Betrieb I Begriff unter B III 2.
 - 6) Mit Ausnahme der Betriebskrankenkassen bei privaten Krankenversicherungsunternehmen.

dem Betrieb fachfremd.

Damit sind die Voraussetzungen des § 4, 1 Nr. 2 BetrVG erfüllt. Bei der Betriebskrankenkasse eines privaten Unternehmens kann ein Betriebsrat gebildet werden, wenn in ihr mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen drei wählbar sind, beschäftigt werden. Der Geschäftsführer zählt nicht dazu, da auf ihn als leitenden Angestellten i. S. des § 5 III Nr. 3 BetrVG ¹⁾ das BetrVG keine Anwendung findet.

3. Bildung eines Gesamtbetriebsrats

Nach der Wahl des Betriebsrats bei der Betriebskrankenkasse ist im Unternehmen ein Gesamtbetriebsrat durch Entsendung von Vertretern jedes Betriebsrats zu errichten, § 47 I, II BetrVG. Zum Gesamtbetriebsrat gehören nicht die Eigenbetriebe der Betriebskrankenkasse und die von ihr nach §§ 185 a, 376 b RVO angestellten Krankenschwestern und Haushaltshilfen ²⁾.

Der Gesamtbetriebsrat ist den einzelnen Betriebsräten gleichgeordnet und zuständig für Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können, § 50 I BetrVG. Soll z. B. in einem Unternehmen kurzgearbeitet werden, § 19 KSchG, und sind mehrere Betriebe betroffen, wird der Gesamtbetriebsrat eingeschaltet, §§ 87 I Nr. 3, 50 I BetrVG.

Da Betriebseinschränkungen im Unternehmen für die Betriebskrankenkasse Mehrarbeit bedeuten ³⁾,

1) Vgl. Stellungnahme des Bundesverbandes der Betriebskrankenkassen, BKK 1976, 161; Lay, BKK 1978, 15.

2) Vgl. oben § 4 vor I.

3) Vgl. Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1974, 375; Bähringer/Spiegelhalter, Kurzarbeit, 2.2. .

kann sie von der Kurzarbeitsregelung ausgeschlossen werden ¹⁾.

Ist andererseits nur die Betriebskrankenkasse betroffen, z. B. soll nur für sie die Gleitzeitregelung in einem Betrieb mit Schichtarbeit eingeführt werden, braucht auch nur ihr Betriebsrat mitzubestimmen, § 87 I Nr. 2 BetrVG.

4. Gesamtbetriebsrat oder Betriebs- und Personalrat

Die Alternative zum Gesamtbetriebsrat ist das Nebeneinander von Personalrat in der Betriebskrankenkasse und Betriebsräten im übrigen Unternehmen, zu der man kommt, wenn man mit dem BAG auf die Rechtsform des Betriebes und nicht auf die des Betriebsinhabers abstellt ²⁾. Gegen die Übertragung der Auffassung des BAG auf die Betriebskrankenkasse privater Unternehmen sprechen folgende Punkte.

a) Die Betriebskrankenkasse hat keine Beamten, auf die wegen ihrer Stellung besonders Rücksicht zu nehmen wäre, vgl. § 76 BPersVG, § 72 LPVG NW.

b) Das Personalvertretungsrecht zielt neben der Förderung der personellen und sozialen Interessen der Beschäftigten auch auf die Verbesserung der Leistungen durch die Verwaltung ³⁾. Der öffentliche Dienst mit seiner stärkeren Einbindung des Personals in die Verwaltung verträgt die starke Form der Mitbestimmung ⁴⁾ nicht so wie die durch privatrechtliche Arbeitsverträge gebundenen Arbeitnehmer. Da zwischen

1) Zum Problem, ob (Betriebs-)Krankenkassenbeschäftigte überhaupt Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben, vgl. Bähringer/Spiegelhalter, Kurzarbeit, 2.2. .

2) Vgl. oben § 4 I 3.

3) Ilbertz, Personalvertretungsrecht, Rdnr. 2.

den Betriebskrankenkassenbeschäftigten und dem Unternehmer als Arbeitgeber nur privatrechtliche Beziehungen bestehen, bietet das BetrVG das geeignetere Rechtsinstrumentarium. Sinn und Zweck der innerbetrieblichen Vertretung erfordern nicht die nach dem Personalvertretungsrecht gegebenen Einschränkungen.

c) Die Beschäftigten in Doppelfunktion, die sowohl für die Betriebskrankenkasse als auch für den Unternehmer arbeiten (etwa Sekretärinnen, Buchhalter), werden adäquat vertreten. Liegt der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit bei der Betriebskrankenkasse, sind sie nicht auf den Personalrat angewiesen ¹⁾, der ihre Interessen aus dem Arbeitsvertrag nicht gegenüber dem Unternehmer vertreten könnte ²⁾.

d) Der Gesichtspunkt der vollständigen Interessenwahrung gilt insbesondere für die ausschließlich bei der Betriebskrankenkasse Beschäftigten. Durch den Betriebsrat der Betriebskrankenkasse und den Gesamtbetriebsrat besteht ein lückenloser Schutz ihrer Interessen, einschließlich der Bereiche Arbeitssicherheit und Arbeitsverhältnis. Das Betriebsverfassungsrecht paßt besser als das Personalvertretungsrecht auf die Betriebskrankenkassenbeschäftigten eines Privatunternehmens.

e) Faßt man alle Vorteile zusammen, die für die Anwendung des Betriebsverfassungsrechts auf die Betriebskrankenkassen der Privatunternehmen sprechen, so erscheint es interessengerechter, bei der Abgrenzung zum Personal-

4) Vgl. Rengier, Die Personalvertretungen der Beamten, Angestellten, Arbeiter und Soldaten, Teil II A 3 a.

1) So aber Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 343.

2) Vgl. oben § 4 I 4 a.

vertretungsrecht entgegen der Rechtsprechung des BAG auf die formelle Rechtsnatur des Betriebsinhabers abzustellen. In der Praxis führt diese Auffassung nur in ganz seltenen Fällen - wie hier bei den Betriebskrankenkassen privater Unternehmen - zu unterschiedlichen Ergebnissen.

§ 5 Die tarifrechtliche Stellung

I. Gegenwärtige Lage

Im Bereich der Sozialversicherung werden die Tarifverträge teils von den einzelnen Versicherungsträgern, teils von den Verbänden, § 2 II, III TVG abgeschlossen. Eine die einzelne Kassenart ¹⁾ oder den Sozialversicherungszweig übergreifende Tarifgemeinschaft gibt es nicht. Noch hat sich kein Sozialversicherungsträger der Verhandlungsgemeinschaft Bund, Tarifgemeinschaft deutscher Länder und Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände angeschlossen. Die Tarifverträge in der Sozialversicherung ähneln mehr oder weniger dem Bundesangestelltentarifvertrag ²⁾.

Eine Ausnahme machen die Betriebskrankenkassen der Privatunternehmen. Da der Unternehmer der Arbeitgeber der in ihnen Beschäftigten ist, werden diese tarifrechtlich wie die übrigen Arbeitnehmer des Betriebes behandelt ³⁾. Aufgrund des Industrieverbandprinzips, nach dem die Tarifverträge in der Privatwirtschaft regelmäßig für bestimmte Wirtschaftszweige abgeschlossen werden ⁴⁾, hängt die tarifrechtliche Stellung des Betriebskrankenkassenpersonals von der jeweiligen Branchenzugehörigkeit ihres Betriebes ab.

Es ist z. B. möglich, daß die Beschäftigten in der Betriebskrankenkasse eines Verlages, soweit sie tarifgebunden sind, einen höheren Tariflohn und bessere sonstige tarifliche Leistungen beanspruchen können als diejenigen in der Betriebskrankenkasse eines Metallbetriebes.

-
- 1) Nach § 225 I RVO sind gesetzliche Krankenkassen die Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen.
 - 2) Vgl. den Bericht der Bundesregierung zu Fragen der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung vom 03. November 1975, BT-Drucks. 7/4244, S. 19.
 - 3) Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Bd. I/1, S. 178 b.

II. Bestrebungen für einen einheitlichen Tarifvertrag

Die Abhängigkeit von unterschiedlichen Tarifverträgen mit von einander abweichenden Regelungen hat unter den Betroffenen in den Betriebskrankenkassen den Ruf nach einem einheitlichen Tarifvertrag (Bundesangestellten-tarifvertrag/Betriebskrankenkassen) laut werden lassen ¹⁾. Trotz gleicher Ausbildung, gleicher Anforderung und Tätigkeit im Beruf sei die Gegenleistung unterschiedlich ²⁾.

Diese Ungleichbehandlung beruht teilweise auf dem Industrieverbandsprinzip, das die Organisation der Tarifparteien nach Berufsverbänden weitgehend ablöste ³⁾. Sie betrifft Arbeitnehmer anderer Berufe genauso und verstößt weder gegen Art. 3 GG noch gegen Art. 12 GG. Dem Arbeitnehmer bleibt die Wahl seines Arbeitgebers; er braucht keinen Arbeitsvertrag mit einem bestimmten Arbeitgeber zu schließen, wenn auch in Zeiten starker wirtschaftlicher Rezession die Wahl praktisch entfällt. Weiter ist zu berücksichtigen, daß gleiche Ausbildung und gleiche Tätigkeit keinen Anspruch auf die gleiche Gegenleistung geben. Die Tarifverträge sollen nicht das Höchstniveau der Arbeitsbedingungen festlegen, sondern den Arbeitnehmern die Mindestbedingungen garantieren, vgl. § 4 III TVG.

Hinter der Forderung nach einem Bundesangestelltentarifvertrag/Betriebskrankenkassen steckt der Wunsch nach einer Angleichung

4) Vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 203 IV 1; Zöllner, Arbeitsrecht, § 8 II 1.

1) Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1974, 376.

2) Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1975, 9.

3) Vgl. Zöllner, Arbeitsrecht, § 8 II 1; Lieb, Arbeitsrecht, § 6 III 1a; eine Ausnahme macht die Deutsche Angestelltengewerkschaft (DAG), die als Berufsverband organisiert ist, vgl. dazu Lieb, Arbeitsrecht, § 6 III 1 b.

an die Dienstordnungsangestellten in den anderen Krankenkassen, §§ 349 ff RVO. Deren Dienstordnungen sind den Vorschriften des Beamtenrechts weitgehend nachgebildet ¹⁾.

Die Zulassung von Dienstordnungen für die Betriebskrankenkassen setzte aber eine Aufhebung des § 362 RVO voraus. Ob die auseinanderstrebende Entwicklung von Privatunternehmen und ihren Betriebskrankenkassen ²⁾ eine solche Änderung bringt, ist eine politische Entscheidung mit weitreichenden Konsequenzen ³⁾, die dem Gesetzgeber obliegt. Dennoch können die Betriebskrankenkassenbeschäftigten schon jetzt versuchen, über eine Änderung der bestehenden oder durch Abschluß neuer Tarifverträge Regelungen durchzusetzen, die inhaltlich denen in Dienstordnungen entsprechen.

III. Durchsetzbarkeit eines eigenen Tarifvertrags

Bei der Frage, ob die in Betriebskrankenkassen privater Unternehmen Beschäftigten einen speziell auf sie zugeschnittenen Tarifvertrag durchsetzen können, ist zwischen dem rechtlichen Dürfen und dem tatsächlichen Können zu unterscheiden.

1. Rechtliche Durchsetzbarkeit

Einen solchen Tarifvertrag könnte das Prinzip der Tarifeinheit entgegenstehen. Danach sollen Tarifverträge, die einen verschiedenen betrieblichen Geltungsbereich haben, nicht nebeneinander in demselben Betrieb angewendet werden dürfen ⁴⁾, es sei denn, daß das Aufeinander-

1) Vgl. Siebeck, Das Dienstordnungsrecht, S. 64.

2) Vgl. oben § 1 I 1.

3) Vgl. unten § 9 II.

4) Vgl. Nikisch, II, § 86 II 1.

treffen verschiedener Tarifverträge von den Parteien gerade gewollt ist ¹⁾).

a) Das Prinzip der Tarifeinheit ist auch verfassungsrechtlich bedenklich. Zum einen ist mit der Tarifeinheit im Betrieb der mittelbare Zwang zur Organisation nach dem Industrieverbandsprinzip verbunden ²⁾. Dieses Prinzip ist verfassungsrechtlich nicht vorgeschrieben; vielmehr gehört zur Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG das Recht der Koalitionen, ihre Organisationsform frei zu wählen und ihren Zuständigkeitsbereich selbst zu bestimmen ³⁾.

Zum anderen beschränkt der Grundsatz der Tarifeinheit die Entfaltungsmöglichkeiten für kleinere Gewerkschaften ⁴⁾ und beeinträchtigt den Koalitionspluralismus, der auch durch Art. 9 III GG geschützt ist. Am Kernbereich des Art. 9 III GG findet das Prinzip der Tarifeinheit seine Grenze, will man es überhaupt anerkennen. Mag die Tarifeinheit für die etablierten Gewerkschaften angenehm - da konkurrenzhemmend - und für die Arbeitgeber bequem sein ⁶⁾, die Möglichkeit zur Bildung neuer Vereinigungen und ihre Betätigungsfreiheit muß erhalten bleiben ⁷⁾.

b) Es fehlt für das Prinzip der Tarifeinheit auch an einer Rechtsgrundlage. Soweit es Gewohnheitsrecht sein soll ⁸⁾, ist dem die zum Teil widersprüchliche Rechtsprechung

-
- 1) BAG AP Nr. 6 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.
 - 2) Konzen, RdA 1978, 154.
 - 3) BAG AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.
 - 4) Zöllner, Arbeitsrecht, § 37 IV 2 a. E. .
 - 5) BAG AP Nr. 10 zu Art. 9 GG; Scholz, Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, S. 33 ff; Dütz, AuR 1976, 76.
 - 6) Zöllner, Arbeitsrecht, § 37 IV 2 a. E.; bequem insofern, als nur mit einem Arbeitnehmerverband zu verhandeln ist; es liegt an dieser - wenn auch verschieden motivierten - Interessenübereinstimmung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, daß über das Prinzip der Tarifeinheit

und das TVG entgegenzuhalten; es ist kein einleuchtender Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber das Prinzip der Tarifeinheit nicht in das TVG aufgenommen hat, wenn er seine Geltung verbindlich gewollt hätte.

Soweit sich Konzen auf die Entstehungsgeschichte des TVG beruft ¹⁾, ist seine Schlußfolgerung nicht zwingend, gerade der Hinweis auf das Prinzip der Tarifeinheit verweise auf das ältere Tarifrecht als Maßstab der Rechtsfortbildung ²⁾.

Zwar hat der Gewerkschaftsrat der Vereinten Zonen in der Begründung zum Entwurf eines Tarifvertragsgesetzes ³⁾ festgestellt, daß es Aufgabe der beiderseitigen Tarifkontrahenten sei, Tarifkonkurrenz zu verhindern, im übrigen es aber Sache der Wissenschaft und der Rechtsprechung sei, die Konkurrenzfrage i. S. des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden. Dies bedeutet aber nicht, daß der Gesetzgeber derselben Meinung war, auch wenn das TVG keine Konkurrenzregelung enthält ⁴⁾. Vielmehr ergibt sich aus den Materialien zur Entstehung des TVG ⁵⁾, daß die Frage der Tarifkonkurrenz

in der Praxis Einigkeit herrscht.

- 7) Dütz, AuR 1976, 76.
- 8) Söllner, Arbeitsrecht, § 16 V 2; Konzen, ZfA 1975, 428 FN 161 "...gewöhnheitsrechtliche Verfestigung des früheren § 2 Abs. TVVO ...", dagegen nicht mehr ausdrücklich in RdA 1978, 146 ff.
- 1) RdA 1978, 151.
- 2) Ebenda.
- 3) Vom 07. September 1948, abgedruckt bei Wiedemann/Stumpf, Geschichte des Gesetzes, Rdnr. 11.
- 4) Wie sie noch § 8 des Entwurfs des Arbeitsrechtsausschusses des Länderrats vom Juli 1948 enthielt, abgedruckt bei Wiedemann/Stumpf, Geschichte des Gesetzes, Rdnr. 6.
- 5) Zusammenge stellt von Herschel, ZfA 1973, 129 ff.

von den Abgeordneten des Wirtschaftsratsausschusses für Arbeit noch einmal überdacht werden sollte ¹⁾. Ob sich die Abgeordneten die Argumentation des Gewerkschaftsrats der Vereinten Zonen für das Prinzip der Tarifeinheit zu eigen machten, ist nicht überliefert ²⁾. Somit läßt sich aus der Entstehungsgeschichte für eine Rechtsverbindlichkeit des Prinzips der Tarifeinheit nichts herleiten; im übrigen könnte sie auch keine absolute Geltung beanspruchen, da dem Willen der Tarifparteien Vorrang gebührt ³⁾.

Das Prinzip der Tarifeinheit steht einem Tarifvertrag, der speziell für die in Betriebskrankenkassen privater Unternehmen Beschäftigten gelten soll, nicht entgegen.

2. Tatsächliche Durchsetzbarkeit

Um einen eigenen Tarifvertrag tatsächlich durchzusetzen, bieten sich für die Betriebskrankenkassenbeschäftigten grundsätzlich zwei Möglichkeiten an.

a) Sie schließen sich überbetrieblich zusammen und gründen einen eigenen Verband. Dieser Weg entspricht wenig Erfolg. Es ist zweifelhaft, ob das Betriebskrankenkassenpersonal rein tatsächlich in der Lage ist, genügend Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben ⁴⁾, um mit ihr Tarifverhandlungen zu

1) Vgl. Protokoll der Sitzung des Ausschusses für Arbeit am 13. Oktober 1948, abgedruckt bei Herschel, ZfA 1973, 153.

2) Herschel, der für die "Verwaltung für Arbeit" an den Beratungen teilnahm, erwähnt nur, daß es zweckmäßig erschien, "die zahlreichen Probleme, die sich bei der Tarifkonkurrenz ergeben, der Wissenschaft und der Praxis anheimzugeben", ZfA 1973, 192.

3) Vgl. BAG AP Nr. 6 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

4) Vgl. zum "Druckargument einerseits BAG 21, 98; 23, 320 sowie den BAG-Beschluß vom 14. März 1978 - 1 ABR 2/76 - , abgedruckt bei Etzel,

beginnen. Die Beschäftigten haben keine Schlüsselpositionen inne, die sie in die Lage versetzten, als kleine Gruppe den gesamten Betrieb lahmzulegen. Selbst wenn ihre Vereinigung vom Aufbau her die auf sie zukommenden organisatorischen Aufgaben lösen könnte, fehlte es am tatsächlichen Durchsetzungsvermögen ¹⁾. Ein eigener Verband kommt somit praktisch nicht in Betracht.

b) Damit bleibt den Betriebskrankenkassenbeschäftigten nur der Beitritt zu einer bestehenden Gewerkschaft. Von der Fachrichtung her kommen neben der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen die ÖTV und die DAG in Betracht. Letztere ist nach dem Berufsverbandsprinzip organisiert, und es hängt von dem Einfluß der ihr beitretenen Betriebskrankenkassenangestellten ab, ob die DAG sich für besondere tarifliche Betriebskrankenkassenregelungen einsetzen wird. Die anderen beiden Gewerkschaften gehören zu den im DGB zusammengeschlossenen Einheitsgewerkschaften. Es ist wenig wahrscheinlich, daß sie bereit sind, sich für die relativ wenigen Betriebskrankenkassenbeschäftigten gegen andere Einheitsgewerkschaften wie IG Chemie oder IG Metall einzusetzen. Diese werden auf Einhaltung

BlStSozArbR 1978, 244, andererseits BVerfGE 18, 18 das keinen Arbeitskampfwillen verlangt, um eine Vereinigung als Koalition i. S. des Art. 9 III GG anzusehen; zur Vereinbarkeit bei der Meinungen vgl. Dütz, AuR 1976, 73 m.w.N. .

- 1) Das BAG hat im Beschluß vom 14. März 1978, abgedruckt bei Etzel, BlStSozArbR 1978, 244, den Deutschen Arbeitnehmer-Verband bei einer Mitgliederstärke von 14 302 für zu schwach angesehen, um Druck auf den sozialen Gegenspieler ausüben zu können; übertragen auf die knapp 900 Betriebskrankenkassen bedeutet dies, daß

der festgelegten Zuständigkeiten dringen und im Streitfall die Schiedsstelle des DGB anrufen.

c) Die Aussichten auf einen einheitlichen Tarifvertrag (Bundesangestelltentarifvertrag/ Betriebskrankenkassen) für die Betriebskrankenkassenangestellten sind insgesamt gesehen als gering zu beurteilen.

bei dem üblichen Organisationsgrad von 31 % der aktiven Arbeitnehmer, vgl. Zöllner, Arbeitsrecht, § 8 II 1, in jeder Betriebskrankenkasse durchschnittlich mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigt sein müßten.

Dritter Abschnitt:

Die individualarbeitsrechtliche Stellung
der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten

§ 6 Die Ausbildung zum Sozialversicherungs-
fachangestellten, Fachrichtung Kranken-
versicherung

In einer Betriebskrankenkasse kann die Ausbildung zum Sozialversicherungsfachangestellten, Fachrichtung Krankenversicherung, erfolgen ¹⁾. Auf Auszubildende ist das BBiG anzuwenden. Die Ausnahmetatbestände des § 2 II Nr. 1 BBiG bzw. § 83 BBiG liegen nicht vor, da die Berufsausbildung nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis erfolgt. Daneben gibt es für kaufmännisch Auszubildende die Möglichkeit, bei der Betriebskrankenkasse Kenntnisse in der Sozialversicherung zu erwerben ²⁾. Da diese Auszubildenden in erster Linie außerhalb der Betriebskrankenkasse ausgebildet werden, braucht hier auf ihre rechtliche Stellung nicht eingegangen zu werden.

I. Juristische Personen als Auszubildende

1. Persönliche Eignung

Nach § 3 I BBiG schließt der Auszubildende mit dem Auszubildenden einen Berufsausbildungsvertrag, der schriftlich mit den in § 4 I 2 BBiG aufgeführten Angaben niederzulegen ist, § 6 I 1 BBiG. Fraglich ist, ob auch juristische

1) Vgl. Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1975, 8 f.

2) Vgl. Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 339.

Personen Ausbildende sein können, da nach § 20 I 1 BBiG nur einstellen darf, wer persönlich geeignet ist; besondere Ausschlußgründe sind in § 20 II BBiG genannt. Aus dem Erfordernis der persönlichen Eignung wird der Schluß gezogen, daß "Ausbildende in Unternehmen in Form einer juristischen Person nur natürliche Personen" ¹⁾ sein können. Diese Folgerung muß aber wohl so verstanden werden, daß bei juristischen Personen Ausbilder bestellt werden können. Sie übernehmen die Ausbildung, während die juristische Person Partei des Ausbildungsvertrags ist.

2. Bestellung eines Ausbilders

a) § 20 I 1 BBiG muß im Zusammenhang mit § 20 IV BBiG gesehen werden; wer nicht selbst ausbildet, darf Auszubildende nur dann einstellen, wenn er einen Ausbilder bestellt. Es ist also scharf zwischen dem Ausbildenden und dem Ausbilder zu unterscheiden ²⁾. Der eine ist der Vertragspartner des Auszubildenden, der andere führt die Ausbildung verantwortlich durch. In § 20 I 1 BBiG geht das Gesetz augenscheinlich davon aus, daß beide Funktionen in einer Person zusammenfallen. Dagegen stellt § 20 IV BBiG auf diejenigen Betriebe ab, in denen Ausbildender und Ausbilder verschiedene Personen sind ³⁾.

b) Zweck des § 20 BBiG ist, Auszubildende vor Personen zu schützen, die persönlich nicht zur Ausbildung geeignet sind ⁴⁾. Dazu ist die Ausschaltung von juristischen Personen als Ausbildende nicht erforderlich. Wollte man nur natürliche Personen als Ausbildende zulassen, so träfen z. B. bei einer Aktiengesellschaft

1) Natzel, Das Berufsausbildungsverhältnis, S. 9; ihm folgend Knopp/Kraegeloh, § 3 BBiG Rdnr. 1.

2) Vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 173 II 1.

3) Wäre § 20 IV BBiG als Ausnahme zu § 20 I 1 BBiG

sämtliche Pflichten aus dem Ausbildungsvertrag - wie Zahlung einer angemessenen Vergütung § 10 I 1 BBiG, - letztlich den Vorstand und nicht die Gesellschaft. Das gleiche würde für die Pflichten aus dem späteren Arbeitsverhältnis gelten, das sich an das Ausbildungsverhältnis anschließt, vgl. § 17 BBiG. Verpflichtet werden soll aber die juristische Person, nicht deren Organe. Diese schließen die Ausbildungsverträge nur mit Wirkung für die juristische Person ab. Die juristische Person wird Partei des Ausbildungsvertrages und des späteren Arbeitsvertrages.

Aus § 20 BBiG kann somit nicht gefolgert werden, daß juristische Personen nicht die Stellung des Auszubildenden i. S. des BBiG haben können ¹⁾.

II. Ausbildungsvertrag

1. Vertragsparteien

Mit der Feststellung, daß juristische Personen Ausbildende sein können, ist noch nicht geklärt, ob die Betriebskrankenkasse oder der Unternehmer Ausbildender der Sozialversicherungsfachangestellten ist und den Ausbildungsvertrag mit ihnen schließt.

a) Für die Stellung der Betriebskrankenkasse als Ausbildende werden folgende Argumente angeführt:

(1) Da § 362 I RVO nur von den für die Geschäfte der Betriebskrankenkasse erforderlichen Personen spricht und Auszubildende nicht

gedacht, gehörte er von der Gesetzessystematik hier in § 20 I 1 BBiG; um den Eindruck einer Einschränkung durch § 20 I 1 BBiG auszuschließen, sollte dieser klarer gefaßt werden: "Bildet der Ausbildende nicht selbst aus, muß er einen Aussteller bestellen". § 20 IV BBiG könnte dann entfallen.

4) Herkert, § 20 BBiG Rdnr. 6.

1) Ebenso Herkert, § 20 BBiG Rdnr. 4.

als Arbeitskräfte zu betrachten sind, darf ihre Einstellung nicht zur Erlangung oder Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen Verwaltungsablaufs erfolgen ¹⁾. Die Auszubildenden zählen nicht zum Personenkreis des § 362 I RVO ²⁾.

(2) Der Unternehmer hat außer über die Selbstverwaltungsorgane keinen Einfluß auf die Betriebskrankenkassenverwaltung ³⁾ und kann deshalb nicht die Verpflichtungen nach §§ 6 ff BBiG erfüllen ⁴⁾.

(3) Wenn das Bundesversicherungsamt die zuständige Stelle i. S. des § 84 I BBiG für die bundesunmittelbaren Betriebskrankenkassen ist ⁵⁾, müssen diese auch Auszubildende sein ⁶⁾.

b) Bei näherer Untersuchung erweisen sich die genannten Gründe als nicht stichhaltig.

§ 362 I RVO erfaßt nach seinem Sinn und Zweck auch die Einstellung der Auszubildenden. Um eine fortdauernde Verwaltung in den Betriebskrankenkassen zu gewährleisten, müssen auch Nachwuchskräfte ausgebildet werden. Der Unternehmer braucht dabei nicht selbst auszubilden, sondern kann einen Ausbilder bestellen, §§ 20 IV, 6 I Nr. 2 BBiG.

§ 84 I BBiG gilt nur für den öffentlichen Dienst, nicht für Gewerbebetriebe, § 84 I Nr. 2 BBiG. Da die Betriebskrankenkassen privater Unternehmer zu den Gewerbebetrieben i. S. des § 75 BBiG gehören, ist die Industrie- und

1) Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1975, 8.

2) Ebenda.

3) Ebenda.

4) Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 340.

5) Vgl. die Anordnung des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung vom 15. November 1971 (BGBl. I S. 1841).

6) Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1975, 9.

Handelskammer die zuständige Stelle i. S. des BBiG ¹⁾).

Die Betriebskrankenkassen können insbesondere wegen § 17 BBiG nicht Auszubildende sein. Nach § 17 BBiG gilt ein Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit begründet, wenn der Auszubildende im Anschluß an das Berufsausbildungsverhältnis weiterbeschäftigt wird. Zwar ist laut Volmer ²⁾ § 17 BBiG " - wenigstens dem Grunde nach -" lex posterior et specialis "gegenüber dem Gewohnheitsvorrecht des Unternehmers auf Abschluß eines Arbeitsvertrages und ändert dessen Bestellungsrecht zu einem reinen Formalakt, der nur noch psychologische Bedeutung hat."

Diese Auffassung ist aber nicht haltbar. Die Unterzeichnung eines Arbeitsvertrages ist mehr als ein Formalakt, da sie für beide Vertragsparteien Rechte und Pflichten begründet. Mögen sich die Parteien psychologisch gebunden fühlen oder nicht, entscheidend ist die gegenseitige rechtliche Verpflichtung. Sie ist auch in dem Arbeitsverhältnis enthalten, das § 17 BBiG fingiert. Diese Fiktion hat aber nur dann einen Sinn, wenn schon am Berufsausbildungsvertrag diejenigen Vertragsparteien beteiligt waren, zwischen denen später das Arbeitsverhältnis entsteht; anderenfalls würde die Fiktion einen Vertrag zu Lasten Dritter bedeuten, den das Gesetz nur in § 1629 III 2 BGB kennt. Der Auszubildende ist mit dem späteren Arbeitgeber identisch. Es findet kein Austausch der

1) Zu deren Befugnissen vgl. §§ 44 f BBiG.

2) Festschrift f. Schieckel, S. 340 f.

Vertragspartner statt. So wie der Unternehmer als Arbeitgeber Partei des Arbeitsvertrages ist, ist er als Ausbildender Partei des Ausbildungsverhältnisses. Auch in der Praxis schließt der Betriebskrankenkassengeschäftsführer lediglich als Vertreter des Unternehmers nach einem einheitlichen Formularmuster ¹⁾ den Berufsausbildungsvertrag mit dem Auszubildenden ²⁾.

2. Ausbildungsberechtigung

Ausbilden darf nur, wer persönlich und fachlich geeignet ist, § 20 I 2 BBiG. Da eine juristische Person diese Voraussetzungen nicht erfüllt, muß sie einen Ausbilder bestellen; damit kommt sie als Partei des Ausbildungsvertrages ihrer Pflicht aus § 6 I Nr. 2 BBiG nach. Ausbilder bei den Betriebskrankenkassen ist in der Regel der Geschäftsführer als persönlich und fachlich ³⁾ geeignete Person. Seine Beauftragung unterliegt der Mitbestimmung des (Betriebskrankenkassen-) Betriebsrats, § 98 II BetrVG, und ist der zuständigen Stelle, nämlich der Industrie- und Handelskammer, anzuzeigen, § 33 II Nr. 2 BBiG.

1) Vgl. Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 339.

2) Ebenso Göllisch, BKK 1972, 27.

3) Vgl. §§ 20 I 2, 76 BBiG i. V. m. § 2 Ausbilder-Eignungsverordnung gewerbliche Wirtschaft.

§ 7 Die Haftung

Die Haftung der in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten einschließlich des Geschäftsführers richtet sich nach der Art der Tätigkeit, bei der der Schaden entstanden ist. Es ist zwischen dem Handeln im hoheitlichen und im privatrechtlichen (= fiskalischen) Bereich zu unterscheiden.

Eine andere Unterscheidung betrifft das Außen- und Innenverhältnis. Mit dem Außenverhältnis sind die Ansprüche Dritter gegen die Betriebskrankenkasse, ihre Organe und ggfs. gegen die in ihr Beschäftigten gemeint. In dem hier besonders interessierenden Innenverhältnis wird geregelt, wer letztlich den Schaden zu tragen hat. Um den Anlaß für solche Regreßansprüche verständlich zu machen, soll zunächst kurz auf die Haftung im Außenverhältnis eingegangen werden.

I. Haftung gegenüber Dritten bei hoheitlichem Handeln

Die Durchführung der gesetzlichen Aufgaben in der Betriebskrankenkasse stellt gegenüber den Betroffenen (Versicherten und Arbeitgebern) eine hoheitliche Tätigkeit im Rahmen der Daseinsvorsorge dar. Die Betriebskrankenkasse erläßt Verwaltungsakte wie z. B. bei der Leistungsgewährung, vgl. § 21 SGB I, oder Beitragserhebung, vgl. §§ 393 I, 1396 I RVO, §§ 176, 172 I AFG. Dabei können den betroffenen Dritten Schäden entstehen. Zur Veranschaulichung soll folgender Fall a dienen:

Der Sozialversicherungsangestellte A hat versehentlich der F, die eine Frühgeburt hatte, statt für 12 nur für 8 Wochen nach der Entbindung Mutterschaftsgeld gewährt, § 21 I Nr. 4 SGB I

i. V. m. § 200 III 1 RVO. Um laufende Verbindlichkeiten erfüllen zu können, mußte F einen Kredit aufnehmen, dessen Zinsen sie als Schaden geltend macht.

1. Haftung der Betriebskrankenkasse

Als Körperschaft des öffentlichen Rechts haftet die Betriebskrankenkasse für Amtspflichtverletzungen nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB. Bedenken bestehen insoweit, als nach Art. 34, 1 GG der Schädiger in den Diensten der Betriebskrankenkasse stehen müßte, diese aber nicht Arbeitgeberin der in ihr Beschäftigten ist. Deshalb würde die Betriebskrankenkasse nach der früher von der Rechtsprechung vertretenen Anstellungstheorie ¹⁾ nicht haften.

Folgt man der Funktionstheorie ²⁾, nach der die Körperschaft haftet, deren Aufgabe im Einzelfall wahrgenommen wird, muß die Betriebskrankenkasse für den Schaden einstehen. Sie hat durch ihren Geschäftsführer den Sozialversicherungsfachangestellten ein Amt im organisationsrechtlichen (funktionellen) Sinne ³⁾ nämlich einen bestimmten Zuständigkeitsbereich oder Aufgabenkreis ⁴⁾, zugewiesen.

Die neuere Rechtsprechung und ihr folgend die h. L. knüpfen an die Worte "anvertrauten Amt" in Art. 34, 1 GG an; es haftet "wer dem Amtsträger das Amt bei dessen Ausübung er fehlsam gehandelt hat, anvertraut hat, wer mit anderen Worten dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung vorgekommen ist, übertragen hat" ⁵⁾. Diese Anvertrauungstheorie führt hier zu demselben

1) Vgl. RGZ 140, 126, 127 m.w.N.; BGHZ 2, 350, 354; 6, 215, 219.

2) Kayser, NJW 1951, 95 m.w.N. .

3) Wolff/Bachof, II, § 109 I b 2.

4) Vgl. § 117 BRRG.

5) BGH NJW 1970, 750 mit Verweis auf BGHZ 34, 20;

Ergebnis wie die Funktionstheorie. Die Betriebskrankenkasse haftet, da sie durch ihren Geschäftsführer dem Angestellten bestimmte Aufgaben anvertraut hat.

Der h. M. ist zu folgen, da sie nicht so schematisch wie die Anstellungstheorie ist und zu praktikablen Ergebnissen ¹⁾ führt.

Im Fall a haftet die Betriebskrankenkasse für den Schaden der F aus Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB, da A eine Amtspflichtverletzung begangen hat, indem er gesetzliche Bestimmungen, deren Inhalt klar ist, unrichtig anwendete²⁾.

2. Haftung der Beschäftigten

Bei Schäden, die durch hoheitliches Handeln verursacht wurden, kommt eine persönliche Haftung des Beschäftigten nur nach § 839 I BGB in Betracht. Dies gilt auch für den Geschäftsführer, obwohl er ein Organ der Betriebskrankenkasse ist, § 31 I 2 SGB IV. Er zählt aber nicht zu den Selbstverwaltungsorganen, so daß deren Haftungsregelung, § 42 SGB IV, auf ihn keine Anwendung findet.

Liegt keine vorsätzliche Amtspflichtverletzung der Beschäftigten vor – Fall a –, entfällt die Haftung nach § 839 I 2 BGB, da die Betriebskrankenkasse als Körperschaft des öffentlichen Rechts aus Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB einsteht muß³⁾.

3. Haftung des Unternehmers

a) Werden die Betriebskrankenkassenbeschäftigten gegenüber Dritten tätig, handeln sie für die Betriebskrankenkasse und nicht für

vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 701; Erman/Drees, § 839 BGB Rdnr. 36; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, § 4, 3; Palandt/Thomas, § 839 Anm. 2 B a; Staudinger/Schäfer, § 839 BGB Rdnr. 180, 197.

1) Ebenso Staudinger/Schäfer, § 839 BGB Rdnr. 180.

2) Vgl. Dellinger, BKK 1974, 173.

3) Vgl. Erman/Drees, § 839 BGB Rdnr. 3; Palandt/

den Unternehmer. Soweit dieser aus § 362 I RVO zur Bestellung der für die Geschäfte der Betriebskrankenkasse erforderlichen Personen auf seine Verantwortung verpflichtet ist, besteht diese Verpflichtung gegenüber der Betriebskrankenkasse. Außenstehende Dritte können daraus keine Ansprüche herleiten, da § 362 I RVO ihnen gegenüber keinen Schutzzweck erfüllt.

b) Hat der Beschäftigte im Zusammenhang mit der Amtspflichtverletzung eine unerlaubte Handlung gegenüber dem Dritten begangen (z. B. Betrug), so kommt eine Haftung des Unternehmers nach § 831 BGB in Betracht.

Der Unternehmer hat zwar mit dem Beschäftigten einen Arbeitsvertrag geschlossen; die Zuweisung der bestimmten Tätigkeit, bei der es zur unerlaubten Handlung gekommen ist, hat aber der Geschäftsführer stellvertretend für die Betriebskrankenkasse vorgenommen. Er übt das Weisungsrecht hinsichtlich der ihm nach § 36 I SGB IV obliegenden laufenden Verwaltungsgeschäfte aus ¹⁾. Der Beschäftigte ist bei seiner Arbeit nicht von dem Willen des Unternehmers abhängig. Dieser kann nicht als Geschäftsherr i. S. des § 831 I BGB angesehen werden; schon deshalb scheidet eine Haftung aus § 831 I BGB aus ²⁾. Dies gilt auch für eine unerlaubte Handlung des Geschäftsführers im Zusammenhang mit einer von ihm begangenen Amtspflichtverletzung. Insoweit steht der Geschäftsführer unter der Kontrolle und Aufsicht des Betriebskrankenvorstandes, nicht unter der des Unternehmers ³⁾.

Thomas, § 839 BGB Anm. 2 C; Staudinger/Schäfer, § 839 BGB Rdnr. 7.

1) Vgl. oben § 3 III 2 b.

2) Vgl. BGH LM § 823 BGB (Hb) Nr. 5; BGH VersR 1966, 956 f; Erman/Drees, § 831 BGB Rdnr. 18; Palandt/Thomas, § 831 BGB Anm. 3 a; Soergel/Zeuner, § 831 BGB Rdnr. 15; Staudinger/Schäfer, § 831 BGB Rdnr. 87; im übrigen dürfte dem Unter-

II. Haftung gegenüber Dritten bei Handeln im fiskalischen Bereich

Die Tätigkeit des Sozialversicherungs-fachangestellten ist dem privatrechtlichen Bereich zuzuordnen, wenn er dem Dritten gegenüber nicht hoheitliche sozialversicherungsrechtliche Vorschriften anwendet, sondern ihm auf der Ebene der Gleichordnung gegenübertritt. Das ist bei Rechtsgeschäften der Fall, die auch von einer Privatperson vorgenommen werden könnten, wie etwa der Abrechnungsverkehr oder die sonstigen Rechtsbeziehungen zu Badebetrieben, Masseuren, Optikern usw. .

Nicht dazu zählen die Rechtsbeziehungen zu den Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen, § 368 III 1 RVO; sie sind öffentlich-rechtlicher Natur ¹⁾. Folgender Fall b soll als Beispiel dienen:

Die Buchhalterin B, die für die Betriebskrankenkasse arbeitet, überweist dem Masseur M, der Betriebskrankenkassenversicherte auf ärztliche Anordnung massiert ²⁾, zu Unrecht nur 60 % der geltend gemachten Kosten, da sie den Betrag für überhöht hält. Sie hat für solche Zweifelsfälle keine Direktiven erhalten. M muß einen Kredit aufnehmen und macht die Zinsen als Schaden geltend.

1. Haftung der Betriebskrankenkasse

a) Die Betriebskrankenkasse ist für Schäden, die durch privatrechtliches Handeln ihrer Organe bei Dritten entstanden sind, nach §§ 89 I, 31 BGB verantwortlich. Die Verantwortlichkeit bezieht sich auf den Geschäftsführer als vertretungsmäßig berufenen Vertreter i. S. des § 31 BGB; ihm obliegen die laufenden

nehmer in der Regel der Entlastungsbeweis nach § 831 I 2 BGB gelingen.

3) Vgl. Krause in GK § 36 SGB IV Rdnr. 43.

1) Vgl. BSGE 28, 73, 75; 29, 254, 255 f; vgl. auch § 368 g RVO.

2) Massagen sind Heilmittel i. S. des § 182 I Nr. 1 b RVO, vgl. BSGE 33, 30, 31.

Verwaltungsgeschäfte, § 36 I SGB IV. Delegiert er sie an das Betriebskrankenkassenpersonal, wird er nicht von seiner Verantwortung ¹⁾ entbunden. Er hat für die Überwachung und Kontrolle zu sorgen; Versäumnisse stellen Pflichtverletzungen dar, für die die Betriebskrankenkasse eintreten muß ²⁾.

Im Fall b liegt ein Organisationsverschulden des Geschäftsführers vor. Er hätte dafür sorgen müssen, daß B mit ihm Rücksprache nimmt oder den Vorgang vorlegt. So haftet die Betriebskrankenkasse nach §§ 89 I, 31 BGB für den Schaden des M. Eine Entlastung nach § 831 I 2 BGB scheidet im Rahmen des § 31 BGB aus ³⁾.

b) Daneben kommt eine direkte Haftung der Betriebskrankenkasse für den Sozialversicherungsfachangestellten nach §§ 89 I, 31, 831 I BGB nur dann in Betracht, wenn gleichzeitig eine unerlaubte Handlung des Angestellten vorliegt und der Betriebskrankenkasse die Exkulpation nach § 831 I 2 BGB nicht gelingt.

Im Fall b gibt der Sachverhalt dafür keinen Anhaltspunkt. Da B das Vermögen des M nicht vorsätzlich schädigen wollte, scheidet auch § 826 BGB als Anspruchsgrundlage aus.

2. Haftung der Beschäftigten

Eine Haftung der Beschäftigten aus unerlaubter Handlung nach §§ 823 ff SGB ist möglich und nicht durch § 839 BGB ausgeschlossen. Zwar sind die Beschäftigten bei der Betriebskrankenkasse Beamte im haftungsrechtlichen, aber nicht im staatsrechtlichen Sinn; nur für letztere stellt § 839 BGB eine die §§ 823 ff SGB ausschließende Sonderregelung dar ⁴⁾.

1) Vgl. Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1974, 374.

2) Zur Möglichkeit des Regresses vgl. unten IV 1 b.

3) Vgl. Palandt/Heinrichs, § 31 BGB Anm. 1.

4) Vgl. BGH DrZ 1964, 197.

Im Fall b scheidet eine Haftung der B aus. Das Vermögen des M zählt nicht zu den durch § 823 I BGB geschützten Rechtsgütern; für § 826 BGB fehlt es an einer vorsätzlichen Schädigung.

3. Haftung des Unternehmers

Für die Haftung des Unternehmers ergeben sich keine Unterschiede zur Haftung für fehlerhaftes hoheitliches Handeln des Betriebskrankenkassenpersonals; der Unternehmer haftet weder nach § 362 I RVO noch nach § 831 I BGB ¹⁾.

III. Haftung gegenüber Betriebsangehörigen

Auch bei der Haftung gegenüber Betriebsangehörigen ist zwischen hoheitlichem und privatrechtlichem Handeln zu unterscheiden. Als Beispiele sollen folgende Fälle dienen:

Im Fall c läßt der Geschäftsführer G sich von dem Sozialversicherungsfachangestellten C in einem Pkw, der der Betriebskrankenkasse gehört, zu Verhandlungen über einen Beitritt zum Gesamtvertrag, § 368 g II 1 RVO, zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung V und dem Landesverband der Betriebskrankenkassen L fahren. Dabei verursacht C leicht fahrlässig einen Verkehrsunfall, bei dem G sich die Hand bricht und seine Uhr beschädigt wird. - Im Fall d sollen Verhandlungen über den Kauf eines neuen Erholungsheimes Zweck der Fahrt sein.

1. Haftung der Betriebskrankenkasse

a) Als Körperschaft des öffentlichen Rechts haftet die Betriebskrankenkasse für Amtspflichtverletzungen nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB. Auch bei einer Dienstfahrt mit einem Kraftfahrzeug besteht ein innerer Zusammenhang

1) Vgl. oben § 7 I 3.

zwischen der Zielsetzung im Rahmen hoheitlicher Verwaltung (im Fall c Beitrittsverhandlungen zum Gesamtvertrag) und dem schädigenden Ereignis ¹⁾.

Im Fall c muß deshalb die Betriebskrankenkasse für den gesamten Schaden des G aufkommen; nach der geänderten BGH-Rechtsprechung ²⁾ kann sie G nicht auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit i. S. des § 839 I 2 BGB verweisen.

b) Im privatrechtlichen Bereich kommt eine Verantwortlichkeit der Betriebskrankenkasse nur nach §§ 89 I, 31 BGB oder eine Haftung nur aus §§ 89 I, 31, 831 I BGB in Betracht.

Da der Sachverhalt im Fall d keinen Hinweis dafür gibt, daß G bei der Beauftragung des C die erforderliche Sorgfalt hat vermissen lassen, liegen die Voraussetzungen der §§ 89 I, 31 BGB nicht vor. Aus dem gleichen Grund kann sich die Betriebskrankenkasse nach § 831 I 2 BGB für C exkulpieren.

c) Unabhängig von dem Rechtskreis, in dem die Betriebskrankenkasse tätig wird, ist die Haftung nach dem StVG.

In den Fällen c und d entfällt die Haftung der Betriebskrankenkasse als Halter des Pkw, § 7 I StVG, wegen § 8 a I StVG; es liegt keine entgeltliche, geschäftsmäßige Personenbeförderung vor.

2. Haftung des Schädigers

Bei einem Arbeitsunfall i. S. des § 548 I 1 RVO ist das Haftungsprivileg des schädigenden Arbeitnehmers aus §§ 637 I, 636 I RVO zu beachten. Ereignete sich der Arbeitsunfall in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit, kommt außerdem die Besonderheit der Staatshaftung hinzu.

1) BGHZ 42, 176 m. w. N. .

2) Seit BGHZ 68, 217.

So würde C im Fall c als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne ¹⁾ allein nach § 839 I BGB haften ²⁾; Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB leitet aber - wie eben ausgeführt - die Haftung auf die Betriebskrankenkasse über, so daß C dem G nicht haftet.

Im Fall d liegt ein Arbeitsunfall und kein Wegeunfall, § 550 RVO, vor. G und C befanden sich nicht auf dem Weg nach oder von dem Ort ihrer Tätigkeit, sondern auf einer Betriebsfahrt, weil die Verhandlungen über den Hauskauf in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Betriebszugehörigkeit ³⁾ standen.

Da der Arbeitsunfall bei einer betrieblichen Tätigkeit durch einen in demselben Betrieb tätigen Betriebsangehörigen verursacht worden ist, § 637 I RVO, und C auch nicht vorsätzlich handelte, greift das Haftungsprivileg der §§ 637 I, 636 I RVO zugunsten des C ein. Es schützt ihn vor Schadensersatzansprüchen des G aus §§ 823 ff BGB wegen des Körperschadens (Handbruch).

Allerdings muß C den Sachschaden an der Uhr des G nach § 823 I BGB oder gegebenenfalls nach § 823 II BGB i. V. m. § 315 c StGB ersetzen. § 18 I StVG scheidet als Anspruchsgrundlage aus, da keine entgeltliche, geschäftsmäßige Beförderung vorliegt, § 8 a I StVG.

3. Haftung des Unternehmers

Bei Körperschäden, die durch Arbeitsunfälle verursacht wurden, kann sich der Unternehmer auf das Haftungsprivileg des § 636 I 1 RVO berufen. Für Sachschäden haftet er aus positiver Vertragsverletzung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht, wenn der Schädiger als sein Erfüllungsgehilfe tätig geworden ist. Steht aber dem Schädiger als einfachem Mit-

1) Vgl. Staudinger/Schäfer, § 839 BGB Rdnr. 61.

2) Vgl. Erman/Drees, § 839 BGB Rdnr. 3; Palandt/Thomas, § 839 BGB Anm. 2 c; Staudinger/Schäfer, § 839 BGB Rdnr. 7.

3) Vgl. Lauterbach, § 636 RVO Rdnr. 37.

arbeiter weder Aufsicht noch Leitung zu, entfällt nach h. M. ¹⁾ auch die Haftung des Unternehmers.

Da in den Fällen c und d der Sozialversicherungsfachangestellte C nur als einfacher Mitarbeiter anzusehen ist, haftet der Unternehmer nicht. Auch die Mindermeinung käme zu demselben Ergebnis. Die Fahrt mit dem Pkw stand nur im Zusammenhang mit den Aufgaben der Betriebskrankenkasse. Der Unternehmer war an dem Anlaß der Fahrt in keiner Weise beteiligt. Er hat außer über die paritätisch besetzten Selbstverwaltungsorgane keine Möglichkeit, auf die Verwaltung der Betriebskrankenkasse Einfluß zu nehmen; deshalb kann ihm auch insoweit keine Haftung auferlegt werden ²⁾.

IV. Regreß

Für die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten ist vor allem von Bedeutung, inwieweit sie selbst für ihre Fehler einstehen müssen und dementsprechend bei ihnen Regreß genommen werden kann.

Die bisherige Darstellung hat ergeben, daß die Betriebskrankenkasse Dritten gegenüber bei fehlerhaftem hoheitlichen Handeln nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB (Fall a) haftet und bei fehlerhaftem Handeln im fiskalischen Bereich nach §§ 89 I, 31 BGB (Fall b) verantwortlich ist.

Steht ein Arbeitsunfall im Zusammenhang mit hoheitlichem Handeln (Fall c), so hat die Betriebskrankenkasse dem Arbeitnehmer nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB Schadensersatz zu leisten.

Soweit der Schädiger bei einem Arbeitsunfall nach § 823 I BGB oder § 823 II BGB i. V. m. einem Schutzgesetz für den von ihm verursachten Sachschaden aufkommen muß (Fall d), ist für ihn ein eventueller Freistellungsan-

1) Hueck/Nipperdey, I, § 48 5 c aa; Nikisch, I, § 36 V 3; Soergel/Wlotzke/Volze, § 618 BGB Rdnr. 26; Staudinger/Nipperdey/Mohnen/Neumann, § 618 BGB Rdnr. 45; vgl. auch RGZ 106, 293 f.
2) BSGE 35, 121, 125.

spruch von Interesse.

In den genannten Fällen handelt es sich jeweils um einen Schaden, der einem Dritten entstanden ist. Daneben kann auch die Betriebskrankenkasse direkt geschädigt sein, z. B. in den Fällen c und d durch Beschädigung ihres Kraftfahrzeugs beim Verkehrsunfall. Auch insoweit ist die Möglichkeit eines Regresses zu untersuchen.

1. Regreß der Betriebskrankenkasse

Die Betriebskrankenkasse könnte Regreßansprüche gegen die in ihr Beschäftigten und/oder gegen den Unternehmen haben, wobei die Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit haftungsmindernd oder -ausschließend eingreifen können.

a) Die Inanspruchnahme des Unternehmers ist wirtschaftlich aussichtsreicher, da er - in der Regel - kapitalkräftiger als seine Arbeitnehmer ist.

(1) Als Anspruchsgrundlage kommt § 362 I RVO in Betracht. Der Unternehmer hat die für die Geschäfte der Betriebskrankenkasse erforderlichen Personen auf seine Verantwortung bestellt.

Wie schon dargelegt ¹⁾ hat der Unternehmer außer über die paritätisch besetzten Verwaltungsorgane keine Möglichkeit, die Verwaltungsgeschäfte der Betriebskrankenkasse zu beeinflussen und zu kontrollieren. Da er auch mit Hilfe des Arbeitsvertrages nicht auf die Tätigkeit des Betriebskrankenkassenpersonals einwirken kann, trifft ihn insoweit auch keine Haftung ²⁾. Das Einstehenmüssen

1) Vgl. oben § 1 I 1 e.

2) BSGE 35, 121, 125; das Bayerische LSG, Breithaupt 1970, 647 f, hatte als Vorinstanz eine Garantiehaftung aus §§ 296 II, 304, 390 RVO angenommen.

für die Tätigkeit eines Dritten setzt in der Regel voraus, daß dieser unmittelbar oder mittelbar der Einflußnahme des Haftenden unterworfen ist ¹⁾.

Krause ²⁾ hält diese Argumentation für nicht tragfähig und zieht die Parallele zur Haftung aus § 831 BGB; der Geschäftsführer haften auch für die von ihm zu einer Verrichtung Bestellten. Krause übersieht dabei, daß Verrichtungsgehilfe nur ist, wer von den Weisungen seines Geschäftsherrn abhängig ist ³⁾, da die Haftung nach § 831 BGB auf dem Gedanken der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für seine Herrschafts- oder Organisationssphäre beruht ⁴⁾.

Das Weisungsrecht braucht nicht ins einzelne zu gehen ⁵⁾. Es genügt, daß der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken oder entziehen kann ⁶⁾. Dieses Recht hat der Unternehmer nicht. Im Verwaltungsbereich der Betriebskrankenkasse übt der Geschäftsführer das Direktionsrecht aus, das der Betriebskrankenkasse durch den Arbeitsvertrag zugunsten Dritter zusteht. Der Unternehmer hat über die Selbstverwaltungsorgane nur eine mittelbare Kontrollmöglichkeit ⁷⁾, die sich vor allem auf das Handeln des Geschäftsführers bezieht. Eine direkte Möglichkeit zur Einflußnahme auf die einzelnen laufenden Verwaltungsgeschäfte besteht nicht. Der Unternehmer hat

1) BSGE 35, 121, 125.

2) In GK § 36 SGB IV Rdnr. 54.

3) Brox, BS Rdnr. 474; Palandt/Thomas, § 831 BGB Anm. 3 a; Staudinger/Schäfer, § 831 BGB Rdnr. 87.

4) Soergel/Zeuner, § 831 BGB Rdnr. 15.

5) BGH VersR 1966, 956, 957.

6) BGH LM § 823 BGB (Hb) Nr. 5.

7) Auf die sich auch Krause beruft, GK § 36 SGB IV Rdnr. 54.

nicht die Rechnungs- und Kassenführung inne; seine früher bestehende Haftung für die von ihm zu diesem Zwecke bestellten Personen aus § 362 I RVO ist gegenstandslos geworden ¹⁾.

(2) Das SGB IV enthält im Gegensatz zu dem am 01. Juli 1977 außer Kraft getretenen ²⁾ § 14 SVerwG keine Regelung über die Haftung des Geschäftsführers; § 42 SGB IV betrifft nur die Haftung der Selbstverwaltungsorgane, also der Vertreterversammlung und des Vorstandes, § 31 I 1 SGB IV.

Krause ³⁾ sieht darin eine Haftungslücke, die - wenn nicht durch § 362 I RVO ⁴⁾ - durch die Annahme einer Drittschadensliquidation zu schließen sei. Der Unternehmer müsse der Betriebskrankenkasse den Schuldbefreiungsanspruch gegenüber dem Geschäftsführer ⁵⁾ übertragen ⁶⁾.

- 1) BSGE 35, 121, 125; dies gilt entgegen Krause (in GK § 36 SGB IV Rdnr. 54) auch, soweit die Aufsichtsbehörde nach § 378 RVO (der am 01. Juli 1977 außer Kraft trat, Art. II § 1 Nr. 1 b SGB IV) den Anspruch der Betriebskrankenkasse aus § 362 I RVO geltend machen konnte, denn der Anspruch aus § 362 I RVO wurde inhaltlich nicht durch § 378 RVO geändert.
- 2) Vgl. Art. II § 21 I Nr. 1 SGB IV.
- 3) In GK § 36 SGB IV Rdnr. 52, 56; die ältere Literatur, die sich auf § 14 SVerwG bezieht, ist überholt.
- 4) Die Haftung aus § 362 I RVO lebt nach Wegfall der §§ 378 RVO, 14 SVerwG nicht wieder auf, da die tatsächliche Situation sich nicht geändert hat: Der Unternehmer hat weiterhin keine Befugnis zur Rechnungs- und Kassenführung oder Ausführung einzelner Verwaltungsgeschäfte.
- 5) Krause, GK § 36 SGB IV Rdnr. 52, erwähnt zwar nur den Geschäftsführer und seinen Stellvertreter, müßte aber wegen der gleichen Sachlage das Betriebskrankenkassenpersonal ebenso behandeln.
- 6) Krause in GK § 36 SGB IV Rdnr. 56.

Diese Konstruktion wäre nur gerechtfertigt, wenn die Betriebskrankenkasse, die den Schaden im Außenverhältnis zu tragen hat, tatsächlich keinen eigenen Anspruch gegen den Geschäftsführer und gegen die in ihr Beschäftigten hätte. Dem ist aber nicht so.

b) Die Betriebskrankenkasse kann grundsätzlich direkt bei ihrem Personal Regreß nehmen. Ihr stehen alle Rechte zu, die sich an ihre Gläubigerstellung ¹⁾ aus §§ 611 I, 328 I BGB anknüpfen. Dazu zählen auch Ansprüche aus §§ 280, 286 BGB ²⁾ und positiver Vertragsverletzung ³⁾. Es bedarf keiner Drittschadensliquidation, um der Betriebskrankenkasse zum Ersatz ihrer Schäden zu verhelfen.

Im Fall a hat die Betriebskrankenkasse gegen A einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung des Arbeitsvertrages i. V. m. § 328 I BGB. A hat die ihm gegenüber der Betriebskrankenkasse obliegende Pflicht zur Arbeitsleistung, § 611 I, 328 I BGB, schuldhaft verletzt, indem er den Zeitraum für die Gewährung des Mutterchaftsgeldes falsch bestimmt hat. Da A im hoheitlichen Bereich tätig wurde, ist der Regreßanspruch durch Art. 34, 2 GG begrenzt; A haftet nur, wenn ihm grob fahrlässiges Handeln vorgeworfen werden kann. Auch im Fall b besteht ein Regreßanspruch aus positiver Vertragsverletzung des Arbeitsvertrages i. V. m. § 328 I BGB sowohl gegen B als auch gegen den Geschäftsführer, da dieser seine Kontrollpflicht vernachlässigt hat.

Im Fall c entfällt ein Regreßanspruch gegen den Geschäftsführer G, da ihn kein Verschulden bei der Auswahl des C als Fahrer trifft. Eine Haftung des C, der nur leicht fahrlässig handelte, ist für den mittelbaren Schaden der Betriebskrankenkasse nach Art. 34, 2 GG ausgeschlossen. Art. 34, 2 GG gilt aber nicht für den unmittelbaren Schaden des Versicherungsträgers ⁴⁾. C haftet deshalb grundsätzlich für Schäden,

1) Vgl. Brox, AS Rdnr. 375 a. E. .

2) Palandt/Heinrichs, § 335 BGB Anm. 2.

3) RGZ 87, 289, 291 f; Staudinger/Kaduk, § 335 BGB Rdnr. 15.

4) Vgl. Marburger, SGB 1973, 490.

die bei dem Unfall an dem Pkw der Betriebskrankenkasse entstanden sind, aus positiver Arbeitsvertragsverletzung i. V. m. § 328 I BGB und aus unerlaubter Handlung, § 823 I BGB, und gegebenenfalls aus § 823 II BGB i. V. m. einem Schutzgesetz.

Das gleiche gilt im Fall d für den der Betriebskrankenkasse direkt entstandenen Schaden; hier kommt Art. 34, 2 GG von vornherein mangels hoheitlichem Tätigwerden nicht in Betracht.

c) Fraglich ist, ob die Haftung der Betriebskrankenkassenbeschäftigten und des Geschäftsführers unter dem Gesichtspunkt gefahrgeneigter Arbeit ¹⁾ ausgeschlossen oder zumindest gemindert ist.

Für den Geschäftsführer, der zu den Leitenden Angestellten gehört ²⁾, gilt die arbeitsrechtliche Haftungserleichterung nicht ³⁾. Er leistet seine Dienste in eigener Verantwortung ⁴⁾ und haftet, weil er in seiner eigentlichen Aufgabe versagt hat, nicht weil ihm bei Gelegenheit seiner Tätigkeit eine Fehlleistung passiert ist ⁵⁾. Damit scheidet für den Betriebskrankenkassengeschäftsführer eine Haftungsbeschränkung für Organisationsverschulden aus.

Für das Betriebskrankenkassenpersonal gilt folgendes.

Das BVerwG ⁶⁾ hat eine entsprechende Anwendung der Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit auf

- 1) Grundlegend zum Inhalt der Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit BAGE 7, 290, 297 und BGHZ 16, 111 ff: Bei Vorsatz und regelmäßig bei grober Fahrlässigkeit bleibt es bei der vollen Haftung; in seltenen, besonders gelagerten Fällen grober Fahrlässigkeit und bei leichter Fahrlässigkeit beschränkt sich die Haftung auf einen Teil des Schadens; bei leichtester Fahrlässigkeit entfällt die Haftung, und der Arbeitnehmer hat einen entsprechenden Befreiungsanspruch.
- 2) Schallen, Die Stellung der Geschäftsführer von Sozialversicherungsträgern, 3.3.3. .
- 3) Vgl. BGH NJW 1970, 34 f; Monjau, DB 1969, 86.
- 4) Vgl. BGH NJW 1970, 35.
- 5) Vgl. Monjau, DB 1969, 86.
- 6) DVBl 1966, 146.

Ampflichtverletzungen in Ausübung hoheitlicher Befugnisse verneint, sie aber für den Bereich der schlichten Verwaltung und der fiskalischen Tätigkeit ausdrücklich ¹⁾ offen gelassen.

Es kommt darauf an, ob ein Bedürfnis für ihre Anwendung besteht.

(1) Gegen ein solches Bedürfnis könnten folgende Punkte sprechen.

(a) Das Betriebskrankenkassenpersonal ist schon bei der Haftung im hoheitlichen Bereich besser gestellt. Wenn dort der Rückgriff nach Art. 34, 2 GG nur bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln gestattet ist, so wird dies billigerweise ausgeglichen durch die Haftung auch für leichteste Fahrlässigkeit im privatrechtlichen Bereich.

(b) Nach § 42 II 1 SGB IV haften die Mitglieder der Selbstverwaltungsorgane dem Versicherungsträger für jede schuldhafte Verletzung der ihnen im privatrechtlichen Wirkungskreis obliegenden Pflichten. Aus dieser gesetzlichen Wertung ergibt sich auch die Unanwendbarkeit der Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit für die Sozialversicherungsfachangestellten.

(c) Außerdem würde die Anwendung dieser Grundsätze auch zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung ²⁾ gegenüber den Dienstordnungsangestellten anderer Krankenkassen führen, die die gleiche Tätigkeit ausüben, aber wie - staatsrechtliche - Beamte haften ³⁾.

1) DVBl 1966, 148.

2) Vgl. Stich, ZBR 1959, 216.

3) Vgl. § 26 I e der Musterdienstordnung Nordrhein-Westfalen, abgedruckt bei Siebeck, Das Dienstordnungsrecht, S. 20.

(2) Die vorstehend gegen eine Anwendung der Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit angeführten Gründe sind nicht stichhaltig.

(a) Es bestehen Zweifel, ob eine Ungleichbehandlung mit den Dienstordnungsangestellten tatsächlich gegeben ist.

Zum einen ist die Haftung der Beamten und damit auch der Dienstordnungsangestellten ¹⁾ für Eigenschäden, die sie ihrem Dienstherrn bei hoheitlichem Handeln zufügen ²⁾, auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, vgl. § 46 I 2 BRRG.

Zum anderen werden zunehmend die Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit analog auf das privatrechtliche Handeln der Beamten angewendet ³⁾ oder zumindest in internen Vorschriften zugrunde gelegt ⁴⁾. Denkbar ist auch eine Haftungsbeschränkung aus der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht ⁵⁾, zumindest in besonders gelagerten Fällen wegen Unbilligkeit oder Unzumutbarkeit ⁶⁾.

(b) Es erscheint bedenklich, die Wertung des § 42 II 1 SGB IV von den Mitgliedern der Selbstverwaltungsorgane auf die Betriebskrankenkassenbeschäftigten zu übertragen.

-
- 1) Die Dienstordnungen verweisen auf die beamtenrechtlichen Haftungsregelungen.
 - 2) Vgl. dazu Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, § 5, 1.
 - 3) Noch offen gelassen in BVerwGE 19, 243, 249; 34, 123, 126 f; bejaht von OVG Münster DÖV 1969, 214; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, § 5, 1; Scheerbarth/Höffken, Beamtenrecht, § 17 III 2, die diese Auffassung als h. M. bezeichnen.
 - 4) Vgl. die Vorschrift über das Verfahren bei Heranziehen der Bundesbahnbediensteten zum Schadensersatz in besonderen Fällen (Schadensersatzvorschrift - DV 040 IV -).
 - 5) So Achterberg, DVBl 1964, 659.
 - 6) Vgl. BVerwG DVBl 1966, 148.

Die Regelung in § 42 II 1 SGB IV ist kein einhelliger Grundsatz für Selbstverwaltungsorgane. So sehen die §§ 30 III a GO NW, 39 IV GO Nds eine Haftung für Gemeinderatsmitglieder nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung ihrer Pflichten vor.

Es besteht auch ein haftungsrechtlicher Unterschied zwischen dem Betriebskrankenkassenpersonal und den Mitgliedern der Selbstverwaltungsorgane. Die Mitglieder haben eine exponierte Stellung. Sie repräsentieren die gesamte Versicherungsgemeinschaft und tragen dementsprechend eine große Verantwortung, deren sie sich bei einer Haftungsbeschränkung entziehen könnten. Erklären sie sich zur Übernahme ihres Ehrenamtes bereit, so muß von ihnen erwartet werden, daß sie sich über die einschlägigen Vorschriften, die Verwaltungspraxis und die wirtschaftlichen Folgen ihrer Maßnahmen ausreichend informieren ¹⁾. Dagegen kann ein Sozialversicherungsfachangestellter nur für den ihm übertragenen Teil der Tätigkeit eines Sozialversicherungsträgers zur Verantwortung gezogen werden. Er ist auf seine Tätigkeit zwecks Gelderwerbs angewiesen und steht somit als Arbeitnehmer in sozial abhängiger Stellung. Darum ist er schutzwürdiger als die Mitglieder der Selbstverwaltungsorgane.

(c) Die Haftung für leichteste Fahrlässigkeit im privatrechtlichen Bereich ist auch kein Äquivalent zur fehlenden Haftung unterhalb der Schwelle grob fahrlässigen Handelns bei hoheitlichem Tätigwerden. Eine Besserstellung bei Ausübung hoheitlicher Befugnisse braucht keinen Nachteil bei privatrechtlichem Tätigwerden nach sich zu ziehen. Je nach ihrem

1) BSGE 39, 54, 62.

Tätigkeitsbereich würden anderenfalls die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten besser oder schlechter gestellt. Es käme auch zu einer unterschiedlichen Haftung zwischen den Betriebskrankenkassenbeschäftigten und den anderen Arbeitnehmern, die im Betrieb arbeiten. Ein einleuchtender Grund, warum der Betriebskrankenkassenbeschäftigte verschärft haften soll, ist nicht ersichtlich; vielmehr ist das Betriebskrankenkassenpersonal genauso schutzwürdig wie die anderen Arbeitnehmer. Der wirtschaftlich und sozial Schwächere soll durch die Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit bessergestellt werden. Dies muß auch für die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten gelten.

Im Fall b greifen die Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit nicht ein. Der von B begangene Fehler läßt sich nicht mit menschlicher Unzulänglichkeit entschuldigen, da sie nicht versehentlich eine falsche Zahl in das Überweisungsformular eingesetzt, sondern bewußt nur 60 % des Rechnungsbetrages überwiesen hat. B muß in voller Schadenshöhe Regreß leisten und haftet der Betriebskrankenkasse zusammen mit dem Geschäftsführer gesamtschuldnerisch. In den Fällen c und d ist der Sozialversicherungsfachangestellte C mit dem Führen eines Pkw's beauftragt worden. Das Lenken eines Kraftfahrzeugs ist in der Regel gefahrgeneigt ¹⁾, zumal wenn ein Arbeitnehmer, der kein Berufsfahrer ist, zum Führen eines Kraftfahrzeugs herangezogen wird ²⁾. Da C den Arbeitsunfall leicht fahrlässig verursacht hat, braucht er nach den Grundsätzen gefahrgeneigter Arbeit höchstens einen Teil des Schadens am Pkw zu tragen.

1) BGHZ 16, 111, 118; BAG AP Nr. 42 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers, Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, G VII 5 a; Canaris, RdA 1966, 46.

2) BGHZ 16, 111, 119.

2. Freistellung des Schädigers

Ereignet sich bei der Betriebskrankenkasse ein Arbeitsunfall im Zusammenhang mit privatrechtlicher Tätigkeit, so muß der Schädiger den von ihm schuldhaft verursachten Sachschaden unmittelbar dem Geschädigten ersetzen (so C im Fall d den Schaden an der Uhr des G). Der Schädiger hat aber einen Freistellungsanspruch, und zwar in der Höhe, wie er die Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit haftungsmindernd geltend machen kann ¹⁾. Offen bleibt die Frage, ob sich dieser Freistellungsanspruch gegen die Betriebskrankenkasse oder den Unternehmer richtet.

a) Die Antwort könnte sich aus der Rechtsnatur des Freistellungsanspruches ergeben.

(1) Begründet man den Freistellungsanspruch mit einer Analogie ²⁾ zu § 670 BGB ³⁾, muß grundsätzlich die Betriebskrankenkasse als Auftraggeberin haften. Die Ersatzpflicht richtet sich danach, inwieweit § 670 BGB auch Schäden erfaßt, die dem Beauftragten bei der Ausführung des Auftrages entstanden sind ⁴⁾. § 670 BGB gewährt als Aufwendungsersatzanspruch nur einen Wertersatz und keinen Schadensersatz. Während Aufwendungen freiwillige Vermögensopfer darstellen, sind Schäden unfreiwillige Einbußen. Auch § 257 BGB hilft nicht weiter, da er nur Verbindlichkeiten erfaßt, deren Eingehung zur Erreichung des Auftrags-

1) Vgl. Lieb, Arbeitsrecht, § 2 III 2.

2) § 670 BGB gilt unmittelbar nur für den unentgeltlichen Auftrag und nicht für das entgeltliche Arbeitsverhältnis.

3) Steindorff, Festschrift f. Dölle, Band I, S. 292; ihm folgend Gamillscheg/Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, § 7 I 1; vgl. auch BAGE 12, 15 24 ff.

4) Zu den dazu vertretenen Auffassungen vgl. Palandt/Thomas, § 670 Anm. 3 b m. w. N. .

zwecks notwendig sind, nicht aber Schadensersatzverpflichtungen gelegentlich des Auftrags.

Um den Beschäftigten aus § 670 BGB einen Freistellungsanspruch zu gewähren, ist neben der Übertragung des § 670 BGB auf das Arbeitsverhältnis eine zweite Analogie erforderlich ¹⁾, nämlich die Ausdehnung des § 670 BGB auf erlittene Schäden. Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit bewußt offen gelassen ²⁾. Von ihr ist Gebrauch zu machen, wenn der Schaden Folge des typischen Geschäftsbesorgungsrisikos ist, nicht aber wenn er unter das allgemeine Lebensrisiko fällt ³⁾. Dies folgt aus dem Gedanken der Risikoverteilung.

(2) Nach h. M. ⁴⁾ beruht der Freistellungsanspruch auf der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht. Anspruchsgegner ist der Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer hat auch dann einen Freistellungsanspruch, wenn er selbst durch seine Fehlleistung einen Vermögensnachteil erlitten hat ⁵⁾. Damit wird die Fürsorgepflicht über § 618 BGB hinaus erweitert. § 618 BGB geht davon aus, daß der Arbeitgeber oder seine Erfüllungsgehilfen schuldhaft die Pflicht zu bestimmten Schutzmaßnahmen verletzen. Da § 618 BGB aber nur eine Ausprägung der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist ⁶⁾, greift diese auch ein, wenn irgendeine Schutz-

1) Vgl. Brox, BS Rdnr. 301.

2) Mot. II, 541; Prot. II, 368 f.

3) Brox, BS Rdnr. 301.

4) BAGE 5, 1, 8; 7, 290, 299; 12, 15, 17; Achterberg AcP 164, 32 f; Helm, AcP 160, 136; Hueck/Nipperdey, I, § 35 II 4; Günther/Küchenhoff, AuR 1969, 11; Nikisch, I, § 27 V 4.

5) BAGE 9, 243, 245.

6) Vgl. BAGE 12, 15, 17.

pflicht schuldhaft verletzt wurde. Hat ein Arbeitnehmer bei der im Interesse des Arbeitgebers erbrachten gefahrgeneigten Arbeit einmal versagt, ist er vor den Folgen eines solchen Versagens zu schützen ¹⁾. Damit ist man wieder beim Gedanken der Risikoverteilung, gekleidet in den Mantel der Fürsorgepflicht ²⁾.

(3) Beide Meinungen lassen sich also auf den Gedanken der Risikoverteilung zurückführen; Ersatzansprüche, die den Arbeitnehmer belasten würden, gehören zum typischen vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko ³⁾. Ebenso trifft das spezifische Schadensrisiko den Auftraggeber, der die risikobehaftete Tätigkeit veranlaßt hat und in dessen Interesse sie ausgeführt wird ⁴⁾. Bezeichnenderweise hat der BGH ⁵⁾ eine Fürsorgepflicht analog § 618 BGB auch für den Auftraggeber bejaht. Wenn also letzten Endes hinter beiden dogmatischen Begründungsversuchen derselbe Risikoverteilungsgedanke steht ⁶⁾ und die rechtlichen Konstruktionen des Freistellungsanspruches

-
- 1) Vgl. BAGE 7, 290, 299; 9, 243, 245; gesetzliche Ausprägung hat dieser Grundsatz in § 91 I LBG NW in der Fassung der Bekanntmachung vom 06. Mai 1970 (GV NW S. 344/SGV NW 2030) gefunden: "Sind in Ausübung des Dienstes Kleidungsstücke oder sonstige Gegenstände, die üblicherweise im Dienst mitgeführt werden, beschädigt oder zerstört worden oder abhanden gekommen, so kann dafür Ersatz geleistet werden."
 - 2) Vgl. Canaris, RdA 1966, 45.
 - 3) BAGE 5, 1, 8; Köbler, RdA 1970, 99; Mühl, Anm. zu BAG AP Nr. 78 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.
 - 4) Vgl. Larenz, Schuldrecht, Band II, § 56 III.
 - 5) BGHZ 76, 265, 269.
 - 6) Vgl. BAGE 5, 1, 8, 27 f; Canaris, RdA 1966, 46 f; Erman/Hauss, § 670 BGB Anm. 5 b; Larenz, Schuldrecht, Band II, § 56 III; Mühl, Anm. zu BAG AP Nr. 78 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

austauschbar sind, kann aus ihrer Rechtsnatur kein verbindlicher Schluß auf den Anspruchsgegner gezogen werden. Fest steht nur, daß eine Risikoverteilung erfolgt, nicht aber, ob zu Lasten der Betriebskrankenkasse oder des Unternehmers.

b) Der Anspruchsgegner ergibt sich aus dem besonderen Dreiecksverhältnis zwischen Unternehmer, Betriebskrankenkasse und den in ihr Beschäftigten. Da diese mit dem Unternehmer Arbeitsverträge zugunsten der Betriebskrankenkasse geschlossen haben, §§ 611, 328 BGB, ist der Unternehmer Schuldner aller Arbeitgeberpflichten. Die Betriebskrankenkasse ist weder durch das vom Arbeitsvertrag abgespaltene Recht auf Arbeitsleistung noch durch irgendeine Schuldübernahme zur Schuldnerin der in ihr Beschäftigten geworden ¹⁾.

Dennoch will Volmer die Betriebskrankenkasse bei einem Verstoß gegen § 618 BGB haften lassen ²⁾, da es möglich erscheine, "entsprechend der Rechtsprechung von der Drittberechtigung aus dem Rechtsverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter von der Betriebskrankenkasse die Erfüllung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten zu verlangen" ³⁾. Volmer übersieht dabei, daß Drittbegünstigter nicht das Betriebskrankenkassenpersonal, sondern die Betriebskrankenkasse ist. Allein ihr wird die Stellung eines Dritten i. S. des § 328 BGB eingeräumt. Sie erwirbt direkt ein Forderungsrecht auf die Arbeitsleistung. Dem steht keine entsprechende Verpflichtung gegenüber; vielmehr soll die Betriebskrankenkasse gerade von ihnen freige-

1) Vgl. oben § 3 I 2.

2) Festschrift f. Schieckel, S. 325.

3) Festschrift f. Schieckel, S. 322.

gehalten werden. Alles, was die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anbelangt, berührt die Betriebskrankenkasse nicht. Dazu zählt auch die spezifische Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis. Der Unternehmer als Arbeitgeber trägt das Betriebsrisiko und ist Anspruchsgegner der Freistellungsansprüche.

Im Fall d hat C also gegen den Unternehmer einen Teilfreistellungsanspruch wegen des Schadens an der Uhr des G.

§ 8 Die Kündigung

Wie alle anderen Arbeitnehmer im Unternehmen können auch die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten gekündigt werden; irgendwelche Dienstordnungsvorschriften sind nicht einschlägig. Allerdings ist bei dem Geschäftsführer wegen dessen Organstellung zwischen Kündigung (Beendigung des Dienstvertrages) und Abberufung (Verlust der Organstellung) zu unterscheiden.

I. Kündigungsberechtigter

Als Kündigungsberechtigte kommen der Unternehmer und die Betriebskrankenkasse in Betracht.

Bei den anderen gesetzlichen Krankenkassen übt je nach Vergütungsgruppe des zu kündigenden Angestellten der Vorstand oder der Geschäftsführer das Kündigungsrecht aus ¹⁾.

1. Kündigungsrecht des Unternehmers

Da der Unternehmer Partei des Arbeitsvertrages ist, steht ihm das Kündigungsrecht aus § 620 II BGB zu.

Fraglich ist, ob er zu dessen Ausübung der Zustimmung der Betriebskrankenkasse bedarf. In der Praxis bekommt diese Frage Bedeutung, wenn der Unternehmer gegen den Willen der Betriebskrankenkasse einem in ihr Beschäftigten kündigt. Dies wird selten vorkommen, da der Unternehmer nur als Mitglied der Selbstverwaltungsorgane mit dem internen

1) Vgl. §§ 8 I Nr. 15, 10 Nr. 9 der AOK-Mustersatzung, abgedruckt in Maunz/Schraft, 8. Band, E. 1. a. Bl. 7.

Arbeitsablauf in der Betriebskrankenkasse zu tun hat und sich von der täglichen Arbeit her keine Berührungspunkte zu dem Betriebskrankenkassenpersonal ergeben.

In der Regel informiert der Geschäftsführer den Unternehmer über mögliche Kündigungsgründe und gibt eine entsprechende Stellungnahme ab. Darin wäre ohnehin eine Zustimmung zu sehen.

Anders liegen die Fälle, in denen bestimmte Arbeitnehmer -z.B. Buchhalter, Sekretärinnen - sowohl in der Betriebskrankenkasse als auch im übrigen Unternehmen arbeiten. Hier kann sich der Unternehmer unmittelbar ein Bild davon machen, ob eine Kündigung in Betracht kommt.

a) Ist das Zustimmungserfordernis nicht ausdrücklich im Arbeitsvertrag enthalten, könnte es sich aus dem Vertragszweck sowie aus den sonstigen Umständen ergeben, § 328 II BGB.

(1) Zweck der Arbeitsverträge zugunsten Dritter ist die Ausstattung der Betriebskrankenkasse mit Personal ¹⁾. Dazu ist der Unternehmer durch § 362 I RVO verpflichtet. § 362 I RVO sagt aber nichts über ein Zustimmungsrecht der Betriebskrankenkasse ²⁾. Für den Unternehmer gibt es auch keinen Grund, Rechte aus dem Deckungsverhältnis freiwillig einzuschränken ³⁾.

(2) Es besteht auch kein Bedürfnis, die Betriebskrankenkasse durch ein Zustimmungs-

1) Vgl. oben § 3 II 3 a (1).

2) Nach Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 322, schließt die Formulierung des § 362 I RVO eine Einwilligung der Betriebskrankenkasse aus.

3) Vgl. Grunsky, Beteiligung mehrerer am Schuldverhältnis, § 1 II 1; Soergel/Schmidt, § 328 BGB Rdnr. 4.

recht zu schützen. § 362 I RVO bietet ausreichenden Schutz. Kündigt der Unternehmer als Arbeitgeber einem Betriebskrankenkassenbeschäftigten, muß er für Ersatz sorgen; weigert er sich, kann die Betriebskrankenkasse ihn aus § 362 I RVO auf Neueinstellung verklagen.

b) Möglicherweise steht der Betriebskrankenkasse ein Zustimmungsrecht allein aus ihrer Stellung als Drittbegünstigte zu, § 328 I BGB.

Die Betriebskrankenkasse verliert ihr Recht, die Arbeitsleistung nach §§ 611 I, 328 I BGB zu fordern, wenn der Arbeitsvertrag mittels wirksamer Kündigung beendet wird. Um diesen Rechtsverlust durch das alleinige Vorgehen des Versprechensempfängers zu verhindern, will eine Meinung ¹⁾ dem Dritten ein Zustimmungsrecht

1) Heinrich Lange, NJW 1965, 661; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, § 36 III 1; Fikentscher, Schuldrecht, § 37 III 2 e; Staudinger/Kaduk, § 328 BGB Rdnr. 117, § 334 BGB Rdnr. 31, 40; soweit sich diese Meinung auf RGZ 101, 275 ff beruft, übersieht sie, daß diese Entscheidung einen Fall betrifft, in dem ein widerrufliches Recht entzogen wurde und die Zustimmung des Dritten vorlag, RGZ 101, 277. Zwar meint das Gericht, der Rücktritt des Versprechensempfängers "würde auf eine Entziehung des dem Dritten zustehenden Rechts hinauslaufen, die höchstens zulässig ist, wenn das Recht ein widerrufliches war", RGZ 101, 276 f; es fügt aber auf S. 277 gleich anschließend hinzu, "daß die Rechtslage vielleicht eine andere ist, wenn der Versprechensempfänger auch ein eigenes Interesse an der Erfüllung der gegenüber dem Dritten bestehenden Verpflichtung hat und durch deren Nichterfüllung selber beeinträchtigt wird."

einräumen, Hat der Dritte aus dem Vertrag ein selbständiges unwiderrufliches ¹⁾ Recht erworben, soll es ihm nicht einseitig wieder genommen werden ²⁾, z. B. durch Rücktritt ³⁾ oder Wandelung ⁴⁾.

Der Betriebskrankenkasse wird aber durch die Kündigung des Arbeitsvertrages kein Recht rückwirkend entzogen, sondern es entfällt nur ihr Recht, auch zukünftig die Arbeitsleistung von dem gekündigten Arbeitnehmer zu fordern. Insofern liegt keine dem Rücktritt vergleichbare Situation vor. Für den Fall der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses will Heinrich Lange daher dem Dritten, "der nicht nur unentgeltlich und für die Zukunft Begünstigter ist, ein Recht zum Eintritt in das Vertragsverhältnis" ⁵⁾ unter Berufung auf § 177 VVG zubilligen.

Dieser Weg kommt für die Betriebskrankenkasse nicht in Betracht. Zum einen ist sie nicht "entgeltlich begünstigt", da sie im Verhältnis zum Unternehmer keine Gegenleistung für die Bereitstellung des Personals erbringt; die Verpflichtung des Unternehmers beruht auf

-
- 1) Nach Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 327, ist eine Unwiderruflichkeit nur dann gegeben, wenn der Versprechensempfänger dem Dritten sein Recht auf Leistung abtritt oder wenn er gegenüber dem Versprechenden auf sein Recht verzichtet oder wenn der Dritte sich von dem Versprechenden ein den Versprechungsempfänger ausschließendes Schuldversprechen geben läßt. Diese Einschränkung der Unwiderruflichkeit ist aufgegeben worden, vgl. Heinrich Lange, NJW 1965, 661.
 - 2) Vgl. Brox, AS Rdnr. 375; Heinrich Lange, NJW 1965, 661; Staudinger/Kaduk, § 334 BGB Rdnr. 31.
 - 3) Heinrich Lange, NJW 1965, 662.
 - 4) Staudinger/Kaduk, § 334 BGB Rdnr. 40; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, § 36 III 1, will die Befugnis zur Wandelung sogar direkt dem Dritten geben.
 - 5) NJW 1965, 663.

§ 362 I RVO. Zum anderen regelt § 177 VVG den Spezialfall, daß der Versprechensempfänger illiquide wird und der Dritte sich die Begünstigtenstellung aus dem Lebensversicherungsvertrag erhalten können soll. Diese Interessenlage ist bei der Betriebskrankenkasse nicht gegeben.

Somit ergibt sich auch aus § 328 I BGB kein Zustimmungsrecht der Betriebskrankenkasse zur Kündigung der in ihr Beschäftigten.

2. Kündigungsrecht des Betriebskrankenkassenvorstandsvorsitzenden

Der Vorsitzende des Betriebskrankenkassenvorstandes könnte ein Recht zur fristlosen Kündigung nach § 362 II RVO für den Sonderfall haben, daß jemand aus dem Betriebskrankenkassenpersonal seine dienstliche Stellung oder seine Dienstgeschäfte zu einer religiösen oder politischen Betätigung mißbraucht.

a) Diese eigenartig anmutende Regelung ist nur historisch zu erklären. Als die RVO konzipiert wurde, war insbesondere in den Allgemeinen Ortskrankenkassen die "Filzokratie" weit verbreitet, und es kam zur parteiischen Behandlung von Kassenmitgliedern ¹⁾ Die RVO sollte die Neutralität der Krankenkassen gewährleisten ²⁾. Deshalb wurde die scharfe Sanktion der fristlosen Kündigung bei Mißbrauch der beruflichen Stellung zu religiösen oder politischen Zwecken eingebaut, §§ 354 VI, 362 II, 696 RVO.

1) So Schwenger, Die deutschen Betriebskrankenkassen, S. 36 m. w. N.; man sollte bei Schwenger: Polemik gegen die Sozialdemokraten aber das Erscheinungsjahr seiner Schrift, 1934, beachten.

2) Vgl. Friede in Maunz/Schraft, 8. Band. E. 1. b. Bl. 124 R; Schwenger, Die deutschen Betriebskrankenkassen, S. 36.

Das Kündigungsrecht des Vorstandsvorsitzenden paßte auch systematisch in die RVO-Vorschriften; der Arbeitgeber, dem schon als Partei des Arbeitsvertrages das Kündigungsrecht zustand, führte qua Gesetz den Vorsitz im Betriebskrankenvorstand, § 338 III 1 RVO. Als man 1953 § 338 III 1 RVO außer Kraft setzte ¹⁾, 1967 die Stimmen des Arbeitgebers bei Abstimmungen auf die der anwesenden Versichertenvertreter begrenzte ²⁾ und 1977 diese Regelung in § 44 II 2 SGB IV übernahm, vergaß man offensichtlich jedes Mal, § 362 II RVO zu novellieren ³⁾. Deshalb sind die Exekutive und die Rechtsprechung weiterhin an § 362 II RVO gebunden.

b) Man könnte § 362 II RVO als besonderes gesetzliches Kündigungsrecht der Betriebskrankenkasse auffassen. Vom Wortlaut her würden dann die Arbeitsverträge zwischen dem Unternehmer und den in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten von dem gesetzlichen Kündigungsrecht eines Dritten überlagert.

Eine solche Regelung mag im öffentlichen Recht aus Gründen des Allgemeininteresses in besonderen Fällen erforderlich sein; im Privatrecht garantiert aber der Grundsatz der Privatautonomie den Vertragsparteien die freie Gestaltung des Vertrages ⁴⁾ im Rahmen der §§ 134, 138 BGB. Dazu gehört auch die Ausgestaltung des Kündigungsrechts, vgl. §§ 357, 359 BGB. Die Betriebskrankenkasse ist

-
- 1) Durch das Ergänzungsgesetz vom 18. Juni 1953 (BGBl. I S. 405) zum Selbstverwaltungsgesetz.
 - 2) Mit dem Siebenten Gesetz zur Änderung des Selbstverwaltungsgesetzes vom 03. August 1967 (BGBl. I S. 845) wurde § 2 II 2 SVerwG ein entsprechender Halbsatz angefügt.
 - 3) Die Materialien zum SGB IV enthalten keinen Hinweis auf § 362 II RVO.
 - 4) Vgl. Brox, AS RdNr. 38 f.

aus dem Arbeitsvertrag als Dritte begünstigt, jedoch geben ihr die §§ 328 ff BGB - wie eben dargelegt - kein gesetzliches Kündigungsrecht. Diese Wertung des BGB-Gesetzgebers zeigt, daß beim Vertrag zugunsten Dritter - anders als beim Vertragsbeitritt - die Eingriffsmöglichkeit des Dritten in das Vertragsgefüge grundsätzlich auf sein eigenes Forderungsrecht beschränkt ist. Die historische Auslegung bestätigt, daß § 362 II RVO daran nichts ändern wollte; denn das Kündigungsrecht aus § 362 II RVO steht nicht der Betriebskrankenkasse, auch nicht ihrem Vorstand, sondern nur dem Vorstandsvorsitzenden zu, der früher personenidentisch mit dem Arbeitgeber war, § 338 III 1 RVO. Somit stellt § 362 II RVO kein spezielles Kündigungsrecht gerade der Betriebskrankenkasse dar.

c) Um dem Sinn und Zweck des § 362 II RVO im Rahmen der Selbstverwaltungsvorschriften des SGB IV ¹⁾ gerecht zu werden, ist § 362 II RVO restriktiv auszulegen. Im Falle des Mißbrauchs der beruflichen Stellung zu religiösen oder politischen Zwecken hat der Vorstandsvorsitzende den Angestellten zu verwarnen und bei Wiederholung dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen ²⁾.

Dabei handelt es sich um die Annahmeverweigerung der Arbeitsleistung, die der Betriebskrankenkasse vom Beschäftigten aufgrund des Arbeitsvertrages angeboten wird. Daß die Betriebskrankenkasse durch den Arbeitsvertrag zugunsten Dritter das Recht auf Arbeitsleistung erworben hat, bedeutet nicht, daß

1) Die RVO gilt als besonderer Teil des SGB, Art. II § 1 Nr. 4 SGB I.

2) Ebenso Fertsch/Rubner/Scholz, WzS 1974, 375; anders Volmer, Festschrift f. Schieckel, S. 326, der - über den Wortlaut des § 362 II RVO hinaus - dem Vorstand der Betriebskrankenkasse das Kündigungsrecht gibt; nach Dersch in Gesamt-

sie dieses Forderungsrecht auch ausüben muß; ein Recht innezuhaben und ein Recht auszuüben sind zweierlei. Die Betriebskrankenkasse kann die Annahme der angebotenen Arbeitsleistung verweigern ¹⁾. Auf § 333 BGB, der verhindern soll, daß einem Dritten ein Recht gegen seinen Willen aufgedrängt wird, braucht sie sich nicht zu stützen. § 333 BGB bezieht sich auf das Recht, die Arbeitsleistung zu fordern, nicht aber auf die Annahme der Arbeitsleistung. Verweigert die Betriebskrankenkasse die Annahme der angebotenen Arbeitsleistung, steht der Beschäftigte dem Unternehmer zur Verfügung. Dieser hat dann grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Wenn der Beschäftigte einwilligt ²⁾ und der (Gesamt-) Betriebsrat ³⁾ zustimmt, § 99 I 1 BetrVG, kann der Unternehmer den Beschäftigten an einen anderen Arbeitsplatz versetzen.

kommentar, § 362 RVO Anm. 3, wird das Dienstverhältnis nur dann berührt, wenn der Vorstandsvorsitzende als Beauftragter des Arbeitgebers handelt.

- 1) Ob die Weigerung zu Recht erfolgt, ist eine andere Frage.
- 2) Der Arbeitnehmer muß mit der Versetzung einverstanden sein, vgl. Fabricius in Gemeinschaftskommentar, § 50 BetrVG Rdnr. 30.
- 3) Wenn mehrere Betriebe betroffen sind und die Versetzung nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden kann, ist der Gesamtbetriebsrat nach § 50 I BetrVG zuständig, vgl. Dietz/Richardi, § 50 BetrVG Rdnr. 16; Erdmann/Jürging/Kammann, § 50 BetrVG Rdnr. 3; a. A. Fabricius in Gemeinschaftskommentar, § 50 BetrVG Rdnr. 30; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 50 BetrVG Rdnr. 16.

Der Unternehmer kann aber auch kündigen. Dann muß er den (Betriebskranken-) Betriebsrat beteiligen, §§ 102 ff BetrVG. Besteht eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, wäre die Kündigung nach § 1 II Nr. 1 b KSchG sozial ungerechtfertigt.

Wird der bisher in der Betriebskrankenkasse Tätige nicht weiterbeschäftigt, kann er vor dem Arbeitsgericht auf Weiterbeschäftigung klagen und notfalls eine einstweilige Verfügung erwirken, §§ 62 II ArbGG, § 940 ZPO. In allen Fällen behält er seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt, da der Unternehmer mangels wirksamer Beendigung des Arbeitsvertrages zur Weiterzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet bleibt, auch wenn die Betriebskrankenkasse die Annahme der angebotenen Arbeitsleistung verweigert.

d) Diese Auslegung des § 362 II RVO entspricht der Rechtsstellung der Betriebskrankenkasse und ihrer Organe. Ihnen kommt weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Kündigungsrecht zu. Das Kündigungsrecht bleibt den Parteien des Arbeitsvertrages vorbehalten. Will die Betriebskrankenkasse die Kündigung eines in ihr Beschäftigten, muß sie diese beim Unternehmer als Arbeitgeber anregen und ihm die Kündigungsgründe mitteilen. Aus eigenem Recht kann sie keine Kündigung aussprechen ¹⁾, sondern nur den Beschäftigten dem Unternehmer zur Verfügung stellen.

1) Allerdings kann der Betriebsrat der Betriebskrankenkasse die Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer nach § 104 BetrVG verlangen.

II. Kündigung des Geschäftsführers

Bei der Kündigung des Geschäftsführers und seines Stellvertreters ergeben sich wegen deren Doppelstellung Besonderheiten; einerseits sind sie Angestellte des Arbeitgebers, andererseits nimmt der Geschäftsführer bzw. sein Stellvertreter eine Organstellung ein, § 31 I 2 SGB IV. Die Kündigung ihres Dienstvertrages führt nicht automatisch zum Verlust der Organstellung. Dazu bedarf es einer Abberufung.

Schwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn eine Kündigung ohne Abberufung erfolgt oder wenn die Betriebskrankenkasse eine Abberufung gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen will.

1. Kündigung ohne Abberufung

Das Recht, dem Geschäftsführer oder seinem Stellvertreter zu kündigen, steht allein dem Arbeitgeber als Vertragspartner des Dienstvertrages zu. Die Betriebskrankenkasse kann zwar nach §§ 611 I, 328 I BGB die Dienstleistung fordern, aber - ebenso wie bei den in ihr Beschäftigten - nicht das Vertragsverhältnis durch Kündigung beenden. Fraglich ist, ob der Arbeitgeber zur Kündigung die Zustimmung der Betriebskrankenkasse oder ihrer Versichertenvertreter braucht.

a) Nach § 36 II 2, 2. Halbs. SGB IV bedarf die Bestellung des Geschäftsführers und seines Vertreters der Zustimmung der Mehrheit der Versichertenvertreter im Vorstand und in der Vertreterversammlung. Der Umkehrschluß aus dieser Vorschrift würde für ein Zustimmungserfordernis sprechen.

Dies setzt voraus, daß mit "Bestellung" - so wie in § 362 I RVO ¹⁾ - die Einstellung gemeint ist.

§ 36 II 2, 1. Halbs. SGB IV stellt zwar ausdrücklich klar, daß § 362 RVO unberührt bleibt, jedoch regelt § 36 SGB IV die organrechtliche Stellung des Geschäftsführers innerhalb der Selbstverwaltung. § 36 II 2 SGB IV ist die Ausnahme vom Grundsatz, daß der Geschäftsführer und sein Stellvertreter gewählt werden. Dabei hat man auf § 362 I RVO zurückgegriffen und "bestellt der Arbeitgeber" als "beruft der Arbeitgeber" verstanden.

Dieses Mißverständnis beginnt mit § 8 IV ²⁾ des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über die Wiederherstellung der Ehrenämter und der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung vom 20. Januar 1950 ³⁾. In der Begründung ⁴⁾ heißt es dazu: "Absatz 4 beläßt es für die Betriebskrankenkassen bei der Bestellung des Geschäftsführers durch den Arbeitgeber (s. § 362 RVO Abs. 1). Sie bedarf jedoch der Zustimmung des Vorstandes."

1) Vgl. oben § 2 I 1.

2) Er lautet: "Für die Betriebskrankenkassen bleiben die Vorschriften des § 362 der Reichsversicherungsordnung unberührt; die Bestellung des Geschäftsführers bedarf jedoch der Zustimmung des Vorstandes."

3) BT-Drucks. 1. WP Nr. 444; dieser Entwurf war die Antwort auf den SPD-Entwurf eines Gesetzes über die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung (BT-Drucks. 1. WP Nr. 248) vom 29. November 1949, der noch keine Sonderregelung für den Betriebskrankenkassengeschäftsführer enthielt. Möglicherweise ist durch den Zeitdruck die wahre Bedeutung des § 362 I RVO verkannt worden; allerdings hätte die Formulierung "bestellt der Arbeitgeber auf seine Kosten" stutzig machen müssen.

4) BT-Drucks. 1. WP Nr. 444, S. 6.

§ 8 IV ist auf Beschluß des Ausschusses für Sozialpolitik zu § 8 I a 2 des Entwurfs eines Gesetzes über die Selbstverwaltung und über Änderungen von Vorschriften auf dem Gebiet der Sozialversicherung geworden ¹⁾. Dieser § 8 I a wurde ohne weitere Aussprache in den Lesungen des Bundestages ²⁾ bei Stimmenthaltung der SPD ³⁾ angenommen und durch die verschiedenen Fassungen des Selbstverwaltungsgesetzes bis in § 36 II 2 SGB IV fortgeschrieben.

Da der Gesetzgeber mit "Bestellung" in § 36 II 2, 2. Halbs. SGB IV die Berufung gemeint hat, läßt sich daraus unmittelbar nur für die Abberufung auf ein Zustimmungserfordernis der Mehrheit der Versichertenvertreter in den Selbstverwaltungsorganen schließen ⁴⁾.

b) Zu prüfen bleibt, ob außer der Abberufung auch die Kündigung des Dienstvertrages der Zustimmung bedarf. Wenn der Arbeitgeber ohne Zustimmung kündigen könnte, obwohl die Mehrheit der Versichertenvertreter an dem Geschäftsführer festhalten möchte, läge es nahe, daß diese der Abberufung nicht zustimmt. Dann wäre die Möglichkeit gegeben, daß ein Geschäftsführer ohne Dienstvertrag sein Amt ausübt. Dies widerspräche der vom SGB IV aufgestellten Wertung. Nach §§ 36 II 1, 2. Halbs., 59 II 1 SGB IV ist

1) BT-Drucks. 1 WP Nr. 1354, S. 14.

2) Vgl. die Stenographischen Berichte der Verhandlungen des BT 1. WP, Band 5, S. 3300 ff, 3379 ff.

3) Ebenda, S. 3384.

4) Vgl. BSG KVRs 5650/11, S. 52.

ein Geschäftsführer bzw. sein Stellvertreter von seinem Amt zu entbinden, wenn die Voraussetzungen seiner Wählbarkeit nachträglich weggefallen sind. Für den Geschäftsführer und seinen Stellvertreter gelten die dienstrechtlichen Vorschriften der Sozialversicherungsgesetze, § 15 VI 1 SVerwG ¹⁾, und damit auch § 362 I RVO ²⁾. Daher ist zur hauptamtlichen Wahrnehmung der Organfunktion das Bestehen eines Dienstverhältnisses erforderlich ³⁾. Entfällt dieses durch wirksame Kündigung, muß der Betriebskrankenkassengeschäftsführer seines Amtes entbunden werden. Für eine Ausnahme, daß der Kündigung keine Abberufung folgt, ist kein plausibler Grund ersichtlich; sinnvoll ist vielmehr eine rechtliche Abhängigkeit zwischen Amt und Dienstvertrag ⁴⁾. Um diese zu erreichen, bedürfen sowohl die Einstellung als auch die Kündigung des Geschäftsführers und seines Stellvertreters der Zustimmung durch die Mehrheit der Versichertenvertreter in den Selbstverwaltungsorganen.

2. Abberufung ohne Kündigung

Falls die Mehrheit der Versichertenvertreter in den Selbstverwaltungsorganen nicht mehr mit dem Geschäftsführer oder seinem Stellvertreter zusammenarbeiten will ⁵⁾, der Arbeitgeber

- 1) § 15 VI, VII SVerwG gelten auch nach dem Inkrafttreten des SGB IV weiter, Art. II § 21 I Nr. 1 SGB IV.
- 2) Vgl. Gurgel in SGB-SozVers-GesKomm, § 36 SGB IV Anm. 13 a. E. .
- 3) Krauskopf, § 36 SGB IV Anm. 3.3.; vgl. Schallen, Die Stellung der Geschäftsführer von Sozialversicherungsträgern, 5.1.1. .
- 4) Vgl. auch die Regelung in § 198 AFG.
- 5) Z. B. wenn das Vertrauensverhältnis wegen persönlicher Differenzen zerstört ist.

aber nicht zur Kündigung bereit ist, fragt es sich, welche Möglichkeiten den Versichertenvertretern bleiben, da die Betriebskrankenkasse kein eigenes Kündigungsrecht mangels Beteiligung am Dienstvertrag hat.

In Betracht kommen Amtsentbindung und Amtsenthebung, §§ 36 II 1, 2. Halbs., 59 II, III SGB IV. Faßt man entgegen der hier vertretenen Auffassung ¹⁾ § 36 II 2 SGB IV nicht als Ausnahmenvorschrift zu § 36 II 1 SGB IV auf, so müssen alle Vorstandsmitglieder das Recht haben, im Vorstand eine Amtsenthebung zu beantragen. Dieses Recht steht dann auch dem Arbeitgeber als Mitglied des Betriebskrankenkassenvorstandes zu, § 44 II 1 SGB IV. Das hat folgende Konsequenzen: Da die Vorstandsbeschlüsse mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefaßt werden, soweit Gesetz oder sonstiges Recht nichts Abweichendes bestimmt, § 64 II 1 SGB IV, und der Arbeitgeber soviele Stimmen abgeben kann, wie den anwesenden Vertretern der Versicherten zustehen, § 44 II 2, 2. Halbs. SGB IV, braucht nur ein Versichertenvertreter mit ihm zu stimmen, um eine Amtsentbindung oder Amtsenthebung durchzusetzen. Damit würde er die nach § 36 II 2, 2. Halbs. SGB IV erforderlichen Mehrheitsbeschlüsse der Versichertenvertreter im Vorstand und in der Vertreterversammlung umgehen.

Dies spricht für die hier vertretene Auffassung, nach der § 36 II 1, 2. Halbs. SGB IV durch § 36 II 2 SGB IV ausgeschlossen wird.

1) Vgl. oben § 8 II 1 a.

Der Geschäftsführer und sein Stellvertreter können nicht nach den §§ 36 II 1, 2. Halbs., 59 II, III SGB IV von ihrem Amt entbunden oder ihres Amtes enthoben werden. Die Versichertenvertreter in den Selbstverwaltungsorganen müssen mit dem Arbeitgeber bei der Einstellung und Berufung sowie bei der Kündigung und Abberufung des Betriebskrankenkassengeschäftsführers und seines Stellvertreters einverständlich zusammenwirken. Hier liegt die Nahtstelle, an der es trotz gestärkter Selbstverwaltungsbefugnisse auf das gute Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebskrankenkasse ankommt. Die bisher verschwindend geringe Inanspruchnahme der Gerichte ¹⁾ zur Konfliktlösung in diesem Bereich zeigt, daß die Zusammenarbeit in der Praxis funktioniert.

1) Vgl. BSG KVR 5650/11 zum inzwischen außer Kraft getretenen Selbstverwaltungsgesetz. Entscheidungen zur Kündigung von Betriebskrankenkassengeschäftsführern nach dem seit dem 01. Juli 1977 geltenden SGB IV sind dem Verfasser nicht bekannt.

§ 9 Zusammenfassung und Ausblick

I. Zusammenfassung

Die arbeitsrechtliche Stellung der in Betriebskrankenkassen Beschäftigten wird entscheidend dadurch geprägt, daß der Unternehmer ihr Arbeitgeber ist. Die Sozialgesetzbücher haben nichts an der durch § 362 I RVO geschaffenen Rechtslage geändert. Der Unternehmer ist gesetzlich verpflichtet, der Betriebskrankenkasse das für ihre Geschäfte erforderliche Personal zu verschaffen. Er erfüllt diese Verpflichtung, indem er Arbeitsverträge abschließt, aus denen die Betriebskrankenkasse unmittelbar das Recht erhält, die Arbeitsleistung von den in ihr Beschäftigten zu fordern, §§ 611 I, 328 I BGB. Diese sollen auf Dauer dort arbeiten; deshalb liegen auch keine Leiharbeitsverhältnisse vor.

Die Betriebskrankenkasse ist weder (Teil-) Arbeitgeberin noch Auszubildende. Über ihre Stellung als begünstigte Dritte hinaus ist sie nicht an den Arbeitsverträgen beteiligt. Dementsprechend steht ihr kein Kündigungsrecht zu. Sie kann nur die Annahme der Arbeitsleistung verweigern.

Etwas anderes gilt bei der Einstellung und Berufung bzw. Kündigung und Abberufung des Geschäftsführers und seines Stellvertreters; sie bedürfen der Zustimmung der Mehrheit der Versichertenvertreter in den Selbstverwaltungsorganen.

Die Haftung der in Betriebskrankenkassen Beschäftigten richtet sich nach der Art der Tätigkeit, bei der der Schaden entstanden ist. Wird der Beschäftigte hoheitlich tätig,

kann bei ihm Regreß genommen werden, sofern er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, Art. 34, 2 GG.

Der Regreß bei fehlerhaftem Handeln im privatrechtlichen Bereich ergibt sich aus positiver Arbeitsvertragsverletzung. Der Beschäftigte hat seine Verpflichtung, die Arbeitsleistung direkt der Betriebskrankenkasse zu erbringen, schlecht erfüllt. Die Betriebskrankenkasse kann unmittelbar bei ihm Regreß nehmen, soweit seine Haftung nicht durch die Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit gemindert oder ausgeschlossen ist.

Der Schädiger kann unter Umständen einen Freistellungsanspruch haben. Dieser richtet sich nicht gegen die Betriebskrankenkasse, sondern gegen den Unternehmer, da dieser als Arbeitgeber Partei des Arbeitsvertrages ist.

Bei der kollektivrechtlichen Stellung der Betriebskrankenkassenbeschäftigten ist zwischen den Betriebskrankenkassen der öffentlichen Verwaltung und denen der Privatunternehmen zu unterscheiden. Liegt die Betriebskrankenkasse einer öffentlichen Verwaltung oder eines deren Unternehmen räumlich weit von der Dienststelle entfernt und gilt sie laut Abstimmung der in ihr Beschäftigten als selbständige Dienststelle, § 6 III 1 BPersVG, hat sie das Recht auf einen eigenen Personalrat. Anderenfalls werden die Interessen der in ihr Beschäftigten von dem Personalrat ihrer Dienststelle mitvertreten. Tarifrechtlich findet der Bundesangestelltentarifvertrag Anwendung.

In den Betriebskrankenkassen privater Unternehmen werden Betriebsräte gewählt, wenn der Betriebskrankenkasse fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer angehören, von denen

drei wählbar sind, §§ 1, 7, 8 BetrVG; denn diese Betriebskrankenkassen sind eigenständige Betriebsteile i. S. des § 4, 1 Nr. 2 BetrVG. Bestehen im Unternehmen noch andere Betriebsräte, ist ein Gesamtbetriebsrat zu errichten, § 47 I, II BetrVG. Für die in der Betriebskrankenkasse Beschäftigten gilt derselbe Tarifvertrag wie für die übrigen Betriebsangehörigen.

II. Ausblick

Die Besonderheiten der arbeitsrechtlichen Stellung des Betriebskrankenkassenpersonals sind durch die historische Entwicklung bedingt. Die früher enge Beziehung zwischen der Betriebskrankenkasse und dem Unternehmen ist durch die nach dem Zweiten Weltkrieg gestärkte Selbstverwaltung gelockert worden. Dabei sind zum Teil Unstimmigkeiten aufgetreten. Sie zu beseitigen, wäre der erste Schritt. Der zweite wäre eine Neuregelung der Vorschriften über das Betriebskrankenkassenpersonal im Rahmen einer Dienstrechts- oder Krankenversicherungsreform.

1. Novellierungsvorschläge

Die folgenden Novellierungsvorschläge gehen von der gegenwärtigen Rechtslage aus und dienen vor allem der Klarstellung.

a) § 362 II RVO ist zu streichen. Es besteht seit 1953 keine notwendige Personenidentität mehr zwischen dem Vorsitzenden des Betriebskrankenkassenvorstandes und dem Unternehmer als Arbeitgeber. Das gesetzliche Kündigungsrecht eines am Vertrag unbeteiligten Dritten ist weder gewollt noch erforderlich.

Außerdem betrifft § 362 II RVO einen selten vorkommenden Sachverhalt, der auch ohne ausdrückliche Regelung vom Kündigungsrecht erfaßt wird.

b) § 362 RVO ist klarer zu fassen:

"Der Arbeitgeber schließt mit den für die Geschäfte der Betriebskrankenkasse erforderlichen Personen Arbeitsverträge zugunsten der Betriebskrankenkasse. Die Einstellung und Kündigung des Geschäftsführers und seines Stellvertreters bedürfen der Zustimmung der Mehrheit der Versichertenvertreter im Vorstand und in der Vertreterversammlung."

Durch diese Fassung wird der Ausdruck "bestellen" vermieden und klargestellt, daß § 362 I RVO nur das Arbeitsverhältnis betrifft, nicht aber den körperschaftlichen Organisationsakt. Erst mit der Zuweisung eines bestimmten Zuständigkeitsbereiches oder Aufgabenkreises durch den Geschäftsführer erhält der Sozialversicherungsfachangestellte ein Amt im organisationsrechtlichen Sinne. Die Zustimmung zur Einstellung und Kündigung ist das Korrelat zu § 36 II 2, 2. Halbs. SGB IV.

Daß der Unternehmer als Arbeitgeber wie bisher die Kosten trägt, ergibt sich aus der Rechtskonstruktion des Vertrages zugunsten Dritter. Die noch in § 362 I RVO enthaltene Regelung "auf Verantwortung" ist gegenstandslos geworden und kann gestrichen werden.

c) § 36 II 2, 3 SGB IV erhalten folgende Fassung:

"Demgegenüber beruft bei Betriebskrankenkassen der Arbeitgeber den Geschäftsführer und seinen Stellvertreter mit der Mehrheit der Versichertenvertreter im Vorstand und in der Vertreterversammlung. Stimmen Vorstand oder Vertreterversammlung nicht zu und beruft der Arbeitgeber ..."

Sprachlich ist diese Fassung § 197 AFG entlehnt. Inhaltlich ergänzt sie die Änderung des § 362 I RVO; es kann schon vom Wortlaut her nur noch der körperschaftliche Organisationsakt gemeint sein.

2. Entwicklungstendenzen

Die Bandbreite der möglichen Entwicklungstendenzen reicht von einer weiteren Stärkung der Selbstverwaltung bis zu einer organisatorischen Vereinheitlichung der Krankenversicherung.

a) Denkbar ist, die Selbstverwaltung auch in vollem Umfang auf die Betriebskrankenkassen auszudehnen. Das bedeutet vor allem, daß den Betriebskrankenkassen die Personalhoheit gegeben wird. Die Personalhoheit ist eine der Stützen, auf denen die Selbstverwaltung beruht ¹⁾.

Wenn die Betriebskrankenkassen ihr eigenes Personal einstellen können, hat dies besondere Auswirkungen auf das Verhältnis der Betriebskrankenkassen zu den Privatunternehmen.

Zunächst taucht die Frage der Kostentragungspflicht auf. Bisher trägt der Unternehmer als Arbeitgeber die Personalkosten allein. Daraus erklärt sich die Hälfte der Differenz, die zwischen dem durchschnittlichen Beitragssatz der Betriebskrankenkassen und dem anderer gesetzlicher Krankenkassen liegt ²⁾.

1) Vgl. Harald Bogs, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, S. 24.

2) Vgl. Friede, BKK 1978, 190.

Werden die Personalkosten auf die Betriebskrankenkasse als neue Arbeitgeberin übertragen, müssen die Versicherten mit einer Beitrags-erhöhung rechnen. Für sie wird eine Mitgliedschaft in der Betriebskrankenkasse nicht mehr so attraktiv sein; dies kann auf die Dauer den Bestand der Betriebskrankenkasse als Kassenart gefährden.

Es ist aber durch eine entsprechende Änderung des § 362 I RVO auch möglich, den Betriebskrankenkassen die Personalhoheit zu geben und die Unternehmer weiterhin zur Kostentragung zu verpflichten. Dann ändert sich an der Verteilung der Kosten nichts. Es besteht auch nicht die Gefahr, daß sich die Verwaltungskosten dadurch aufblähen, daß die Personalhoheit zur verstärkten Neueinstellung ausgenutzt wird. Da der Unternehmer als Äquivalent zur Kostentragung und zur hälftigen Beitragszahlung, § 381 I 1 RVO, die Hälfte der Stimmen im Vorstand und in der Vertreter-versammlung behält, vgl. § 44 II SGB IV, kann er Neueinstellungen oder auch Kündigungen blockieren. Entsprechende Anträge gelten nach zweimaliger Stimmengleichheit in den Selbst-verwaltungsorganen als abgelehnt, § 64 II 2 SGB IV. Ein gesondertes Zustimmungsrecht des Unternehmers ist also nicht erforderlich.

Die Unternehmer werden auch weiterhin an Betriebskrankenkassen interessiert sein. Eine Betriebskrankenkasse hebt den Arbeitswert des Unternehmens ¹⁾, und der im Durchschnitt niedrigere Beitragssatz gegenüber anderen

1) Vgl. Harald Bogs, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, S. 48.

Kassenarten bedeutet auch für den Unternehmer Einsparungen ¹⁾, obwohl er nach § 362 I RVO die vollen Personalkosten zu tragen hat. Andererseits besteht die Gefahr, daß die Betriebskrankenkasse sich zum Unternehmen im Unternehmen entwickelt. Jede Lockerung im Verhältnis zum Unternehmen kann zur verstärkten Isolation führen, bis schließlich die Betriebskrankenkasse als systemwidriger Fremdkörper empfunden wird. Dann stellt sich die Frage der Ausgliederung und Neuorganisation. Insofern ist eine Stärkung der Selbstverwaltung ein zweiseitiges Schwert.

- 1) Neben der fehlenden Belastung durch die Personalkosten erklärt sich die Differenz zwischen den durchschnittlichen Beitragsätzen der einzelnen Kassenarten aus folgendem:
- Die Beitragssätze fallen - auch innerhalb der Betriebskrankenkassen - mit abnehmender Kassengröße, da kostenverantwortliches Verhalten eher in kleineren Gemeinschaften als in größeren und daher anonym erscheinenden anzutreffen ist.
 - Die Versichertennähe ist bei den Betriebskrankenkassen größer; dadurch ist eine schärfere Kontrolle des Krankenstandes möglich.
 - Das zu versichernde Risiko ist bei der arbeitenden Bevölkerung besser als im Bevölkerungsdurchschnitt; Einstellungsuntersuchungen tragen dazu bei, besondere Risiken auszuschalten; außerdem sind gezielte, betriebs-spezifische Vorsorgemaßnahmen möglich.
 - Einige in der Betriebskrankenkasse anfallende Arbeiten, wie z. B. Büroarbeiten, können von anderen Betriebsangehörigen miterledigt werden.

Zu Einzelheiten vgl. Harald Bogs, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, S. 48; Schieckel, Entwicklung, Aufgaben und Aufbau der deutschen Sozialversicherung, S. 32 f; Friede BKK 1978, 190 f.

b) Am anderen Ende der Skala möglicher Entwicklungstendenzen steht die Einheitskrankenversicherung. Nach dem Vorbild der Rentenversicherung ist sie als Bundeskrankenkasse mit Regionalgliederungen denkbar ¹⁾. Ihre Spitze kann ein Bundesamt für Krankenversicherung als bundesunmittelbare Körperschaft bilden ²⁾. Die anderen gesetzlichen Krankenkassen einschließlich der Betriebskrankenkassen werden dann aufgelöst und zusammengefaßt.

Die Befürworter einer Einheitskrankenversicherung ³⁾ machen geltend, daß gleiche Leistungen auch den gleichen Preis kosten sollen. Da § 21 SGB I einen für alle Krankenkassen verbindlichen Leistungskatalog festlege, müßten auch die zur Leistungsfinanzierung erforderlichen Beitragssätze gleich sein ⁴⁾. Im übrigen gehe die Zahl der gesetzlichen Krankenkassen ständig zurück. Inwieweit dies für eine Einheitskrankenversicherung spricht, ist fraglich. Eine erhebliche Konzentrationsbewegung ist aber unbestritten: Die Gesamtzahl der gesetzlichen Krankenkassen sank von 1960 bis Ende 1977 um 31,5 %, die der Betriebskrankenkassen um 33,6 % ⁵⁾. Gleichzeitig stieg die Mitglieder-

1) Vgl. Friede, BKK 1978, 189.

2) Vgl. BVerfGE 39, 302, 315.

3) Vgl. die Forderung nach einer Einheitskrankenversicherung auf dem Kongreß der IG Metall vom 18. bis 24. September 1977 in Düsseldorf, abgedruckt in BKK 1977, 265.

4) Vgl. die Darstellung der Argumente für eine Einheitskrankenversicherung bei Friede, BKK 1978, 190; eine Diskussion des Für und Wider einer Einheitskrankenversicherung kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht erfolgen.

5) Von 2030 auf 1390 bzw. von 1339 auf 889, Zahlen nach Friede, BKK 1978, 189; daneben gibt es noch 37 Unternehmen der privaten Krankenversicherung, Zahl aus der Wochenzeitschrift "Die Zeit" vom 23. Februar 1979, S. 29.

zahl in den Betriebskrankenkassen insgesamt um 26 %; pro Betriebskrankenkasse verdoppelte sie sich nahezu ¹⁾.

Ob diese Konzentrationsbewegung die Einführung einer Einheitskrankenversicherung begünstigt, ist eine politische Frage, deren Beantwortung auch von anderen Erwägungen abhängt ²⁾.

Jedenfalls hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in einem obiter dictum ³⁾ die Einheitskrankenversicherung mit dem Grundgesetz für vereinbar gehalten; die gegenwärtige organisatorische Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherungsträger sei ebensowenig wie die Gliederung der gesetzlichen Unfallversicherung nach Gewerbe-
zweigen ⁴⁾ gesichert ⁵⁾.

-
- 1) Von 2300 auf 4500, Zahlen nach Friede, BKK 1978, 190.
 - 2) Z. B. hätte eine Einheitskrankenversicherung eine stärkere Verhandlungsposition gegenüber den Kassenärztlichen Vereinigungen und könnte als Instrument dienen, die Zuwächse der Ärzte-einkommen zu beschneiden.
 - 3) BVerfGE 39, 302, 315: "Es wäre deshalb mit dem Grundgesetz zu vereinbaren, wenn z. B. der Gesetzgeber sämtliche Träger der gesetzlichen Krankenversicherung zusammenfaßte und in einem Bundesamt für Krankenversicherung als bundesunmittelbarer Körperschaft organisierte." Der Gedanke ist nicht neu; schon bei der zweiten Beratung der Selbstverwaltungsgesetze in der Bundestagsitzung vom 05. Oktober 1950 machte der Abgeordnete Kohl (Stuttgart, KPD) den Vorschlag, die gesetzlichen Träger der Krankenversicherung zu vereinigen; die Mehrheit stimmte aber für die Wiedezulassung der gesetzlichen Krankenversicherungsträger, vgl. die Stenographischen Berichte der Verhandlungen des BT 1. WP, Band 5, S. 3324.
 - 4) Vgl. BVerfGE 36, 383, 393.
 - 5) BVerfGE 39, 302, 315.

Wenn das Bundesverfassungsgericht bei seiner Meinung bleibt, werden juristische Einwände gegen die Einheitskrankenversicherung kaum Erfolg haben ¹⁾. Eines läßt sich aber mit Sicherheit schon jetzt sagen: Wird die Einheitskrankenversicherung Wirklichkeit, bedeutet dies für die Betriebskrankenkassen das Ende.

1) Vgl. Schnapp, BG 1978, 528.

Lebenslauf

Am 14. Januar 1951 wurde ich als Sohn des
Dr. med. vet. Hans-Joachim Neumann und seiner
Ehefrau Gerda, geb. Klug, in Neumünster geboren.
Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Abitur im Jahre 1969 studierte ich
Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre in Kiel
und Tübingen.

Am 07. Juni 1974 legte ich vor dem Justizprüfungsamt
bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht
die erste juristische Staatsprüfung ab. Als Referendar
war ich dem Landgericht Lübeck zugeteilt. Die zweite
juristische Staatsprüfung bestand ich am 24. Februar
1977 vor dem Gemeinsamen Prüfungsamt der Länder
Freie Hansestadt Bremen, Freie und Hansestadt Hamburg
und Schleswig-Holstein.

Seit dem 02. Mai 1977 arbeite ich als Wissenschaftlicher
Assistent am Institut für Arbeits- und Wirtschafts-
recht der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster.

